

■ COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA ■

DIREITO DOS CONTRATOS

JURISDIÇÃO CIVIL

NOVEMBRO 2017



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luis Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento de Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Edifício do CEJ

Foto

Victor Pimenta - CEJ





Os Temas de Direito Civil e Processual Civil integrados nos Planos de Formação Anual do Centro de Estudos Judiciários produzem um manancial de conteúdos jurídicos de altíssima qualidade, que importa de permitir a toda a Comunidade Jurídica usufruir.

Da “Preposição” – de Pedro Leitão Pais de Vasconcelos (que veio a dar origem ao Livro entretanto publicado pelo Autor) –, à “contratação eletrónica” – de Francisco Pacheco Andrade –, à “compra e venda defeituosa” – do Desembargador José Eusébio Almeida –, à “empreitada” – de Jorge Morais Carvalho –, ao “contrato de transporte aéreo passageiros” – de Hugo Ramos Alves, às “notas sobre o agravamento e a diminuição do risco no contrato de seguro” – do Conselheiro Júlio Gomes, e ao “contrato de swap como instrumento financeiro”, de António Pereira de Almeida, publicam-se neste e-book da “Coleção Formação Contínua” um conjunto de textos e vídeogravações que, depois de lidos e vistos, vão por certo ajudar os que no dia-a-dia dos Tribunais se confrontam com realidades factuais que podem merecer outra(s) leitura(s) e enquadramento(s).

Um e-book que é também um desafio aos seus leitores, sejam eles os/as seus /suas primeiros/as destinatários/as (juízes/as, magistrados/as do Ministério Público e auditores/as de Justiça), sejam todos/as os/as restantes profissionais do Direito (nomeadamente advogados/as e académicos/as).

Que a todos seja útil!

(ETL)

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Direito dos Contratos

Jurisdição Civil:

Gabriela Cunha Rodrigues (Juíza Desembargadora, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição)

Laurinda Gemas (Juíza Desembargadora e Docente do CEJ)

Estrela Chaby (Juíza de Direito e Docente do CEJ)

Margarida Paz (Procuradora da República e Docente do CEJ)

Ana Rita Pecorelli (Procuradora da República e Docente do CEJ)

Patrícia Helena Costa (Juíza de Direito e Docente do CEJ*)

Coleção:

Formação Contínua

– Plano de Formação 2015/2016:

Temas de Direito Civil e Direito Processual Civil – 8, 15, 22 e 29 de janeiro 2016 ([programa](#))

– Plano de Formação 2014/2015:

Temas de Direito Civil: Direito das Garantias, Direito dos Seguros e Propriedade Horizontal – Lisboa, 8, 15, 22 e 29 de maio 2015 ([programa](#))

Conceção e organização:

Gabriela Cunha Rodrigues

Laurinda Gemas

Margarida Paz

Intervenientes:

Pedro Leitão Pais de Vasconcelos (Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Advogado)

Francisco Carneiro Pacheco Andrade (Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho)

José Eusébio Almeida (Juiz Desembargador do Tribunal da Relação do Porto)

Jorge Morais Carvalho (Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa)

Hugo Ramos Alves (Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

Júlio Gomes (Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça)

António Pereira de Almeida (Advogado)

* Desde 15 de setembro de 2017.

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ
Filipe Alves – Departamento da Formação do CEJ
Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos seus Autores não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – Título [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet:<URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.
[Consult. 12 mar. 2015].
Disponível na
internet:<URL:http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.
ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 9/11/2017	

Direito dos Contratos

Índice

1. A Preposição Pedro Leitão Pais de Vasconcelos	11
2. Contratação eletrónica Francisco Carneiro Pacheco Andrade	41
3. A compra e venda defeituosa: o confronto na aplicação do Código Civil e outros diplomas José Eusébio Almeida	57
4. A empreitada: delimitação e comparação dos regimes do Código Civil e do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 08.04 Jorge Morais de Carvalho	107
5. O contrato de transporte aéreo de passageiros Hugo Ramos Alves	123
6. Algumas notas sobre o agravamento e a diminuição do risco no contrato de seguro Júlio Gomes	145
7. O contrato de <i>swap</i> como "instrumento financeiro" António Pereira de Almeida	149

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. A Preposição

Pedro Leitão Pais de Vasconcelos



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A PREPOSIÇÃO¹

Pedro Leitão Pais de Vasconcelos*

1. O problema.
 2. A preposição.
 3. A origem da preposição.
 4. Relação interna vs relação externa.
 5. Representação institória.
 6. Procuração institória.
 7. Preposição e prova.
 8. Atuação em nome alheio vs atuação por conta alheia.
 9. Avocação de contratos.
 10. Direito Internacional Privado e preposição.
 11. Exemplos: Vigilante que recebe correio. Testas de ferro. Preposto do grupo. Representante de marca automóvel.
- Vídeos.

Não é possível o Comércio, quando o comerciante colhe os lucros dos bons negócios e o Mercado assume em exclusivo as perdas dos maus negócios do comerciante. O risco é inerente à empresa do comerciante; não é inerente ao Mercado.

1. O problema

Uma pessoa dirige-se a um estabelecimento de restauração para tomar um café e comer um pastel de nata. Alguém que estava ao balcão e que atendeu o cliente entregou o café e o pastel de nata, recebeu o preço e passou o recibo, tudo sem invocar o nome de qualquer pessoa. Em especial, sem invocar que o estabelecimento de restauração era pertença do seu pai, com quem vivia em economia comum.

Uma pessoa dirige-se a um grande armazém onde compra um computador numa banca situada nesse grande armazém e que estava decorada com toda a imagem de marca de uma conhecida empresa de produtos informáticos. O vendedor nunca invocou o nome de qualquer pessoa, embora usasse a farda do grande armazém. O pagamento foi efetuado a uma terceira

* O presente artigo foi escrito na sequência da participação numa ação de formação contínua do Centro de Estudos Judiciários com o tema “O preposto ou gerente de comércio”, que ocorreu no dia 22 de janeiro de 2016. À data, ainda estava a escrever a monografia “A Preposição – Representação Comercial”, editada pela Almedina, em abril de 2017, estando uma parte substancial da investigação ainda a decorrer. Como tal, nunca cheguei a passar para o papel a minha apresentação, como tinha sido prometido fazer. Publicada “A Preposição – Representação Comercial” (Almedina, 2017), deixou de fazer sentido passar o tema apresentado para o papel, pois a investigação levou-nos muito mais longe do que esperávamos inicialmente. Contudo, mantém-se a utilidade de fazer um pequeno artigo, de cariz prático, que apresenta alguns dos problemas levantados pela preposição. Para uma análise mais profunda, deve ser consultada a referida monografia, que traduz de um modo completo a nossa opinião, que não é alterada pelo presente artigo.

¹ Não se pretende neste artigo proceder a uma análise completa do preposto. Para uma abordagem mais abrangente, remetemos para a nossa obra *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017.

pessoa, na caixa do grande armazém de comércio, tendo a fatura sido passada em nome de uma sociedade cuja firma é semelhante ao nome do grande armazém. A banca, no entanto, era pertença da conhecida empresa de produtos informáticos, que havia locado o espaço nesse grande armazém de comércio, sendo que a pessoa que estava na banca era um funcionário dessa conhecida empresa de produtos informáticos, apesar de usar a farda do grande armazém. Ao longo de todo o negócio, nas conversas tidas, ninguém afirmou agir em nome de qualquer pessoa.

Uma pessoa precisa de se deslocar para casa. Para tanto, pega no seu *smartphone* e usa uma *app* para chamar um carro que o transporte ao seu destino. Essa pessoa limitou-se a preencher o formulário *online* dessa *app*, tendo o pagamento sido efetuado através do cartão de crédito diretamente a favor da *app*. No entanto, a empresa dona da *app*, não é a empresa que recebeu o preço, e não é dona do carro, nem é empregadora do condutor do mesmo. Também não informou que agia em representação do condutor do carro que transportou o cliente, ou do proprietário do carro, ou do explorador do carro.

Uma pessoa entra num restaurante de uma cadeia internacional que opera sob uma determinada marca e está decorado com todo o *branding* inerente a essa marca. Toma a sua refeição e paga o preço. Foi atendida por pessoas vestindo uma farda com a imagem correspondente a essa marca, que lhe desejaram as boas vindas ao estabelecimento, identificando-o através da marca. Mas nunca invocaram agir em nome da sociedade comercial que explorava esse estabelecimento comercial em regime de *franchise*, nem disseram que eram franquizados, nem disseram quem era o franqueador, nem qual o nível de integração empresarial dessa franquia.

Assim é o Comércio.

Em todos estes casos, os negócios foram realizados pela pessoa referida sem qualquer preocupação com a identidade jurídico-formal da outra parte. Do ponto de vista dessa pessoa, o negócio foi feito com o restaurante, ou com a marca de produtos informáticos ou com a *app*, sendo-lhe indiferente quem se apresentava técnico-juridicamente do outro lado. Por outro lado, nunca foi informada da identidade da contraparte, nem qual o título que ligava a contraparte a quem o atendeu. As pessoas que a atenderam nem sequer disseram em nome de quem estavam a agir.

O único facto que a pessoa se apercebeu foi que essas pessoas estavam à frente desta atividade, deste comércio, agindo por conta do “restaurante”, da “marca de produtos informáticos” ou da “*app*”.

Mas se algo correr mal e a pessoa necessitar de recorrer a Tribunal para defender uma sua pretensão, quem deve ou pode processar? As pessoas com quem interagiu? As marcas com que interagiu? Os estabelecimentos com que interagiu? Os programas informáticos com que interagiu? Ou, as pessoas que estão por trás? E quem são essas pessoas?

Acima de tudo, com base em que regime jurídico?

A resposta foi obtida há mais de dois mil anos.

2. A preposição

É preposto a pessoa que surja pública e estavelmente colocada à frente de uma empresa comercial.²

Esta figura é extremamente útil para o Comércio e para o Direito Comercial. No que respeita ao Comércio, a grande maioria da atividade comercial é exercida através de prepostos; de pessoas que estão pública e estavelmente à frente da atividade comercial de uma empresa. A inexistência de prepostos implica a redução do Comércio ao exercício puramente pessoal da empresa, o que é incompatível com qualquer Mercado minimamente evoluído.

No que respeita ao Direito Comercial, a utilidade do regime dos prepostos verifica-se a vários níveis, resolvendo vários problemas que os prepostos causam no comércio, permitindo aproveitar as utilidades que os prepostos possibilitam, salvaguardando o mercado dos riscos causados pelos prepostos. A riqueza da preposição é tal, que alguns casos foram evoluindo ao longo da história, ocorrendo hoje casos diversos de prepostos, alguns dos quais ganharam já a sua própria autonomia, mas que são, em última análise, prepostos.

A preposição é uma figura quase esquecida pela doutrina e jurisprudência, que em regra apenas a conhece numa das suas muitas manifestações: o gerente de comércio. Sendo um negócio da maior relevância teórica e prática, a preposição apresenta pontos em comum com a autorização, o mandato, o contrato de trabalho, a agência, a comissão e a procuração, entre outros. A razão para a proximidade decorre de a preposição ter estado na origem de todas estas figuras, com influências mais ou menos profundas. É esta proximidade com negócios tão relevantes que esconde a preposição, conduzindo a uma tendencial confusão entre as figuras, ficando a preposição eclipsada pelas demais figuras.

Uma das dificuldades da preposição resulta da sua dupla natureza. Pode dizer-se que, de certo modo, no Direito existem duas preposições: o negócio jurídico de preposição e o *status* de preposto.³

No negócio de preposição, alguém é colocado à frente de determinada atividade por outrem, substituindo-o nessa atividade de modo estável e público. Esta substituição não implica a exclusão da atividade do próprio comerciante, mas antes que parte da atividade do comerciante é exercida através do preposto. Como tal, é o preposto que surge publicamente à frente de parte ou de toda a atividade do comerciante e que é publicamente identificado como sendo quem está à frente dessa atividade.

² VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, pág. 16.

³ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, pág. 19.

Este negócio jurídico nasceu no Comércio, através da prática dos comerciantes. Era prática dos comerciantes o exercício da sua atividade através de prepostos, antes de qualquer construção jurídico-negocial da preposição. Havia prepostos no Comércio, antes mesmo de haver negócio jurídico de preposição no Direito Comercial. Ou seja, a preposição nasceu como uma prática do Comércio; era assim que se fazia o comércio: através de prepostos.

Contudo, esta prática implicava que o comerciante (preponente) ficasse com os bons negócios celebrados pelos seus prepostos, mas podia impedir a eficácia dos maus negócios. Ou seja, ficava com os lucros, mas deixava no Mercado os riscos da sua própria atividade. Recolhia os *commoda*, sem assumir os inerentes *incommoda*, que recaíam sobre o Mercado, em particular sobre as outras partes nos contratos celebrados.

A Lei reagiu a esta prática, criando um *status* de preposto, aplicável a quem surja na qualidade de preposto, de tal modo que os efeitos jurídicos da atuação do preposto se verificam na esfera do preponente mesmo que o preposto não declare agir em nome do preponente e independentemente da relação subjacente.

A relação entre a preposição no Comércio, e a preposição no Direito Comercial, entre o ser da preposição o seu dever ser, pode ser compreendida através da sua origem histórica.

3. A origem da preposição

A preposição nasceu no Direito Romano, numa altura em que a representação não era admitida no *ius civile*, sendo todos os atos praticados pessoalmente.⁴ Contudo, já na altura os comerciantes exerciam a sua atividade através de terceiros, que agiam estável e publicamente por sua conta: os prepostos.

No entanto, à data (séc. II a.C), alguns comerciantes aproveitavam-se da inexistência de um regime de representação no *ius civile* para não aceitarem os efeitos dos atos praticados pelos seus prepostos, quando o negócio não lhes fosse favorável. Quando um preposto de um comerciante fazia um bom negócio, o comerciante recolhia os seus benefícios. Contudo, quando o negócio corria mal, o comerciante podia sempre alegar que não era responsável por nada, porque o seu preposto não o representava.

A razão era simples: não havia representação, pelo que o ato não era imputado ao comerciante. Também não era imputável – na prática – ao preposto, porquanto estes eram servos ou *filli familias*, não se vinculando a si mesmos, nem dispondo de um património que respondesse pelas “suas” dívidas.

Esta era a situação que ocorria no Direito (Civil): ninguém se podia vincular através de terceiros. Contudo, no Comércio, na prática comercial, os terceiros celebravam negócios com prepostos, confiando na vinculação do comerciante.

⁴ Sobre a evolução da preposição no Direito Romano, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 33 a 83.

A discrepância entre a confiança na vinculação do comerciante, que ocorria no Mercado, no Comércio, e a não vinculação do comerciante, que era ditada pelo *ius civile*, causava problemas no Mercado, pois fazia diminuir a confiança.

O primeiro setor do comércio onde esta prática causou problemas foi no comércio marítimo. O mestre de uma embarcação fazia inúmeros contratos e praticava inúmeros atos por conta do armador da embarcação: celebrava contratos de transporte de mercadorias, entregava as mercadorias e recebia o preço, contratava empreitadas de reparação da embarcação, obtinha crédito para comprar víveres, entre muitos outros atos. Apesar de toda esta atividade, sem um regime jurídico de representação, o armador podia sempre recusar a eficácia desses atos, deixando a outra parte sem qualquer tutela.

Os problemas causados pela falta de um regime de representação foram-se sentindo cada vez mais à medida que Roma se ia expandindo, especialmente a partir do fim das Guerras Púnicas, através das quais Roma conquistou todo o território de Cartago, ficando como monopolista do comércio marítimo do Mediterrâneo Ocidental e, posteriormente, através das Guerras Helénicas e da guerra económica com Rodes, através das quais conquistou o comércio marítimo do Mediterrâneo Oriental. Um mercado tão vasto exigia um enorme comércio marítimo, com cada uma das muitas embarcações a ser comandada por um preposto, que fazia negócios nos vários portos, sempre por conta da embarcação e, logo, do respetivo armador.

Esta prática causava uma grande insegurança no mercado. Ninguém faz negócios sem confiança na boa fé dos comerciantes que atuam no mercado. Ninguém dá crédito a uma pessoa que atua pública e estavelmente por conta de uma empresa, se não acreditar que essa empresa fica vinculada. Ninguém compra a uma pessoa que está numa loja se não confiar que irá receber a mercadoria. Ninguém entrega dinheiro a uma pessoa que atua por conta de um banco, se não confiar que o banco fica vinculado a devolvê-lo.

O exercício do comércio através de prepostos sem um regime jurídico que impusesse a eficácia do ato do preposto na esfera jurídica do comerciante punha gravemente em causa o bom funcionamento do Mercado.

O problema foi resolvido pelo Pretor, que passou a conceder uma nova ação: a *actio exercitoria*, que fez nascer o Direito Comercial Romano. Através desta ação, um terceiro podia obter a condenação do armador do navio relativamente a atos praticados pelo mestre da embarcação. Na prática, esta ação implicava que a atuação do mestre da embarcação, quando no exercício do comércio dessa embarcação, podia ser imputada diretamente ao armador. Todos os contratos, todos os negócios, todas as responsabilidades, deixavam de ser apenas imputadas ao mestre da embarcação (que na maioria dos casos não tinha património que os suportasse), podendo os terceiros obter a condenação do armador dessa embarcação, ou seja, do comerciante titular dessa empresa.

Esta ação expandiu-se rapidamente para o comércio terrestre, sendo concedida outra nova ação, a *actio institoria*, equivalente à *actio exercitoria*, mas aplicável a quem estivesse pública

e estavelmente à frente de uma empresa terrestre, na loja ou em qualquer lugar. Esta *actio* veio mais tarde a ser ampliada através da *actio quasi institoria*, que constitui a mãe de todo o sistema de representação voluntária e orgânica, tal como hoje o conhecemos.

Assim, em suma, ao passar a ser possível aos terceiros obter a condenação do comerciante pelos atos praticados pelas pessoas que este colocava estável e publicamente à frente do seu comércio, estes passaram a representar o comerciante seu preponente. Os prepostos (“pré postos”) à frente de um determinado comércio, representavam (“tornavam presente”) o dono desse negócio.

Passados dois mil e duzentos anos, praticamente nada mudou de fundamental.

O regime romano vigorou no território atualmente correspondente a Portugal desde o séc. II a.C. até 1833. Nesse ano, após dois mil anos de vigência, o regime da *actio institoria* foi integrado com algumas alterações no Código Comercial de 1833,⁵ tendo em 1888 passado a integrar, com novas pequenas alterações, o novo Código Comercial,⁶ nos arts. 248º e seguintes.

O regime dos arts. 248º e seguintes contém a base da figura do preposto, herdeira muitíssimo próxima da *actio institoria*, sendo aplicável por via do art. 3º do Código Comercial como regime supletivo a toda a representação estável no comércio.

4. Relação interna vs relação externa

I. Uma das mais importantes questões em matéria de preposição é a da diferença entre a relação interna e a externa. Era fundamentalmente nesta questão que o problema da preposição surgia: saber se a relação entre principal e agente (relação interna) era oponível a um terceiro quando este se encontra em relação com esse agente (relação externa). Dito de outro modo: a relação interna era relevante para a relação externa? Ou a relação externa era abstrata da relação interna?

O que o regime dos arts. 248º e seguintes do Código Comercial provoca é, em suma, uma abstração⁷ da relação externa face à relação interna, de tal modo que a relação interna deixa de ser oponível perante terceiros, salvo terceiros de má fé subjetiva psicológica à data do contrato e nos casos de preposições registadas.

⁵ Sobre a preposição no Código Comercial de 1833, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 83 a 132.

⁶ Sobre as influências que estiveram na origem do regime da preposição no Código Comercial de 1888, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 132 a 145.

⁷ Sobre a abstração da preposição, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 463 e 464.

Esta abstração não significa uma menor importância da relação interna, e muito menos a sua irrelevância, pois a relação interna à preposição é a relação jurídica que, ao ser executada, faz com que o preposto surja pública e estavelmente à frente do comércio do preponente.⁸

Como resulta da Natureza das Coisas, não é por acaso que o preposto surge pública e estavelmente à frente de parte ou de toda a atividade do comerciante.

Assim sucede, por exemplo, porque está casado com o comerciante e está a ajudar na loja da família,⁹ ou está a executar um contrato de trabalho,¹⁰ um mandato,¹¹ uma agência,¹² ou um qualquer de muitos outros negócios ou relações jurídicas que provocam esta consequência.¹³ Ao executar um destes negócios, o trabalhador (por exemplo) vai surgir pública e estavelmente à frente do negócio do seu empregador.

Como se pode concluir, é porque existe a relação interna, e é porque esta é executada, que o trabalhador surge na relação externa como preposto. Dito de outro modo, é a execução da relação interna que provoca a preposição que, por sua vez, determina o regime jurídico aplicável na relação interna.

Contudo, o regime da preposição quebra a ligação entre a relação interna e a externa, razão pela qual a relação interna produz os seus efeitos entre preposto e preponente, mas, como regra, não produz efeitos perante o terceiro (salvo terceiros de má fé subjetiva psicológica e nos casos de registo da relação interna).

Assim, o facto de o preposto ser um trabalhador ou um mandatário do comerciante não caracteriza, nem descaracteriza, a preposição, pois qualquer relação que faça com que o preposto surja pública e estavelmente à frente do negócio do preponente pode constituir a relação interna a uma preposição.

Dito de outro modo, usando a terminologia do Código Comercial, perante terceiros de boa fé, não faz sentido discutir se o gerente de comércio é trabalhador ou mandatário do comerciante. Perante terceiros de boa fé, apenas interessa saber se o gerente de comércio é um preposto. Sê-lo-á se surgir pública e estavelmente à frente do negócio, caso em que a relação interna (mandato ou contrato de trabalho, por exemplo) deixa de ser oponível ao terceiro e, como tal, torna-se juridicamente irrelevante para saber se o comerciante fica, ou não, vinculado e se é responsável pela atuação do preposto.

⁸ Sobre a relação interna na preposição, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 305 a 436.

⁹ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 305 a 436.

¹⁰ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 320 a 341.

¹¹ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 431 a 433.

¹² VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 371 a 385.

¹³ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 307 a 436.

Mantém-se, no entanto, a importância da relação interna, não só para aqueles casos em que esta pode ser oposta a terceiros (de má fé, ou em caso de registo da relação interna), mas também para se compreender quais são os casos mais típicos nos quais a execução de uma determinada relação (interna), provoca uma preposição.

II. A relação interna mais típica varia conforme o preposto é uma pessoa singular ou coletiva.¹⁴ Nos casos das pessoas singulares que são prepostos, a relação interna mais típica é o contrato de trabalho. Já no que respeita às pessoas coletivas que são prepostos, não sendo possível o contrato de trabalho, a relação interna mais típica é o mandato. Quer na sua modalidade mais típica, quer noutras modalidades, como seja o contrato de agência.

Existem, contudo, muitas outras relações internas hábeis para provocar a aplicação do regime da preposição, não estando limitadas a estas duas.

Acima de tudo, o que importa atentar é que um gerente de comércio não é um trabalhador, nem é um mandatário, nem é um agente, nem é um autorizado, nem é um cônjuge, nem é um filho, nem é um sócio, nem ocupa qualquer outra posição. Um gerente de comércio é um preposto. Sucede apenas que é preposto (na relação externa), porque vigora uma relação interna que, ao ser executada, faz com que surja nessa posição.

Assim, o sistema básico da preposição, no que respeita à relação interna e externa, consiste no seguinte: existe uma relação interna, que provoca a preposição. Mas na relação externa, a Lei impede, em regra, a oponibilidade a terceiros de questões relativas à relação interna, sendo os atos do preposto imputáveis ao preponente.

5. Representação institória

A representação institória é a modalidade de representação que opera na preposição,¹⁵ e que difere da representação voluntária, da representação legal e da representação orgânica. A representação institória recebe o seu nome da *actio institoria*, estando na origem do atual sistema de representação civil.

A representação institória opera, fundamentalmente de modo estatutário. Corresponde a um *status*, tendo necessariamente uma base legal, mas decorrendo de uma relação jurídica subjacente, normalmente um negócio jurídico, mas não necessariamente. Contudo, esta relação jurídica de base, ou interna, é praticamente irrelevante na representação institória. Em regra, a sua relevância limita-se às consequências práticas que determina, no que respeita à posição ocupada pelo preposto porquanto, tal como já referimos, o preposto surge publicamente com essa qualidade como consequência prática da execução da relação interna.

¹⁴ Sobre os prepostos singulares e coletivos, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 237 a 253.

¹⁵ Sobre a representação institória, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 207 a 217.

O que ocorre na representação institória é que a lei associa um poder de representação a determinada posição social típica, que abrange todos os atos praticados no âmbito dessa posição. Esta posição social típica é a de representante da empresa, é a de quem age pela empresa, quem está “pré posto” à frente da empresa. Caso uma pessoa ocupe uma posição social típica de representante da empresa, com – pelo menos – a tolerância do comerciante, a lei associa os inerentes poderes de representação independentemente do que decorre da relação subjacente. Por esta razão, em regra será irrelevante que resulte da relação subjacente a existência ou inexistência de poderes de representação, ou um qualquer âmbito ou limitação desses poderes. Num caso de representação institória, os poderes de representação que irão relevar, como regra, serão os poderes que decorrem do *status* de preposto (relação externa) e não da respetiva relação interna. A independência entre a representação institória e a relação subjacente à preposição é de tal modo marcada, que o agente pode ter duas fontes de representação, por exemplo, uma procuração e uma preposição. Contudo, na generalidade dos casos, será a preposição a preponderar nas relações com os terceiros, ficando a procuração destituída de qualquer relevância prática.

6. Procuração institória

I. Procuração e preposição são figuras diferentes, mas facilmente confundíveis e frequentemente confundidas. Esta confusão ocorre, em regra, entre a procuração e a procuração institória.¹⁶

A procuração institória consiste numa preposição com aparência externa de uma procuração.¹⁷ Da procuração institória resulta um preposto e não um procurador.

Na procuração institória, é emitida uma declaração com o teor típico de uma procuração, mas em lugar de haver um procurador, com a aplicação do respetivo regime jurídico, existe um preposto. Como é natural, a existência desta figura levanta o problema de determinar em que casos se está perante uma procuração e em que casos se está perante uma procuração institória. Especialmente porque é prática corrente denominar o documento de procuração, fazendo constar essa designação do topo do documento, independentemente de se tratar de uma procuração ou uma preposição. Assim, do simples facto de o autor denominar o negócio de “procuração”, não decorre essa natureza: pode ser uma procuração ou uma preposição (uma procuração institória).

A procuração é institória em dois casos.

Quando é vontade das partes que o “procurador” fique colocado à frente de toda ou parte da atividade comercial do dono do negócio, de modo público e estável, no local em que este o

¹⁶ Sobre a procuração institória, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 445 a 462.

¹⁷ A procuração institória nasceu como *praepositio procuratoria*, sendo a origem da *actio ad exemplum institoria* (D.14.3.19pr), atribuída a Papinianus - MICELI, MARIA, *Studi sulla “Rappresentanza” nel Diritto Romano*, I Vol., Giuffrè, Milano, 2008, págs. 338 a 343. Foi esta a figura da qual decorreu toda a teoria da representação voluntária e, acima de tudo, a admissão da generalização da representação.

exerça ou noutra local. Ou seja, a procuração é institória quando aquilo que se pretende no âmbito da relação subjacente à “procuração” é um preposto e não um procurador, quando é esta a vontade real das partes. Neste caso, a procuração não é uma verdadeira procuração, mas uma preposição. Se a vontade das partes é constituir um preposto, o negócio jurídico em causa é uma preposição e não uma procuração. Sendo uma preposição, aplica-se o *status* de preposto, e não o regime da procuração.

A procuração é também institória quando, independentemente da vontade das partes na relação interna, o “procurador” fique colocado à frente de toda ou parte da atividade comercial do dono do negócio, de modo público e estável, no local em que este o exerça ou noutra local. Neste caso, a procuração tem essa natureza negocial, sucedendo apenas que da execução da relação subjacente à procuração, em conjunto com a procuração, resulta uma pessoa que ocupa a posição social típica de preposto. Como tal, apesar de ser um procurador, aplica-se o *status* de preposto. Neste caso, a procuração fica consumida pelo *status* de preposto, pelo que a procuração resulta inútil, deixando de produzir quaisquer efeitos, passando todos os efeitos representativos a decorrer do *status* de preposto. Neste caso, a procuração é institória porquanto, apesar de existir uma verdadeira procuração, da sua execução nasceu uma preposição, sendo que o regime aplicável é o da representação institória e não o da representação voluntária.

São procurações institórias, por exemplo, as procurações que os bancos outorgam a alguns seus funcionários para, com estabilidade e publicamente, celebrarem contratos por conta do banco. Esta estabilidade e publicidade da atuação desses funcionários, determina a qualificação como prepostos, e sujeita a relação ao regime da preposição. Assim, especialmente perante terceiros, o regime relevante será o da preposição e não o da procuração.

7. Preposição e prova

I. Segundo o art. 248º do Código Comercial, *é gerente de comércio todo aquele que, sob qualquer denominação, consoante os usos comerciais, se acha proposto para tratar do comércio de outrem no lugar onde este o exerce ou noutra qualquer.*

Esta é a noção legal de preposto e que traduz o que ocorre no negócio de preposição. Desta noção decorre que é preposto quem estiver colocado à frente de uma determinada atividade comercial da empresa; no todo ou em parte; de modo público e estável. Estes são, em suma, os factos que carecem de alegação e prova.¹⁸

Contudo, a alegação e prova da preposição não exige este nível de detalhe técnico, nem tal é desejável. A preposição não foi criada pela Lei; foi criada pelo Comércio, existe no Comércio, e causa problemas no Comércio. Na preposição – e em outras figuras de Direito Comercial - não são os casos concretos que se pretendem adequados à previsão legal, mas o oposto, sendo o

¹⁸ Sobre as questões de prova em matéria de preposição, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, em especial, págs. 253 a 311 e 381 a 385.

caso legal que se pretende adequado aos casos concretos. A noção de preposição do Código Comercial não constitui um caso de *universitas ante rem*, mas antes o nome dado a um conjunto de casos particulares, que podem ser unificados pela coincidência de graus de semelhança em relação a determinadas qualidades: o surgir pública e estavelmente à frente de um comércio. Assim, a noção do art. 248º do Código Comercial não corresponde a um conceito, e muito menos a uma definição. Antes, traduz uma descrição tipológica de uma realidade: a preposição. O regime dos arts. 248º e seguintes do Código Comercial aplica-se aos casos de preposição, sendo que a noção desta disposição deve ser interpretada de um modo adequado ao Comércio e ao Direito Comercial. Interessa saber se estamos perante aquilo que no Comércio é um preposto; não interessa saber se está preenchida a previsão lógico-formal da norma tal como decorre da interpretação da Lei.

É possível alegar os factos relevantes por referência a uma função comercial socialmente típica de preposto como, por exemplo, ser “gerente bancário”, “caixa de supermercado”, “diretor comercial”, “diretor geral”, “representante em Portugal”, ou outra categoria socialmente típica no comércio, por recurso à designação típica do Comércio. Mas a alegação pode também ser realizada de um modo mais complexo, através da alegação de factos que traduzem a posição do agente, o que será especialmente relevante em casos menos típicos, ou em casos de funções comerciais mais complexas.

Assim sucede porque o Comércio difere do Direito Comercial. As posições relevantes para a preposição são as do Comércio e não as do Direito Comercial. Ou, melhor, as posições relevantes para o Direito Comercial são as do Comércio.

Como é da Natureza das Coisas, no Comércio existem pessoas que ocupam cargos socialmente típicos, mas existe quem ocupe cargos com uma configuração fora do comum, ou atípicos. Ou, ainda, pessoas cujos cargos apenas são perceptíveis ao público com uma determinada configuração, sem que o público se aperceba que são também desempenhadas outras funções.

O que releva, em última análise, é que se alegue e demonstre que o agente ocupa uma posição que se traduz na sua colocação à frente de todo ou parte do comércio do dono do negócio, e que essa posição é ocupada de modo estável e público.

Assim, nos casos mais típicos, é suficiente ao terceiro alegar a função comercial social típica, o que normalmente se faz por referência à designação usual no Comércio para identificar essa posição (por exemplo, “diretor comercial”). Por sua vez, nos casos menos típicos, poderá ser necessário (embora nem sempre assim suceda) alegar-se qual a atividade à frente da qual o agente se encontra, e os factos que traduzem a estabilidade e publicidade da colocação à frente dessa atividade.

II. Outro dos problemas que o regime da preposição resolve, é o da prova dos poderes de representação.

Em Direito Civil, a causa do poder de representação é a procuração, ou o mandato, ou o contrato de trabalho, ou outro qualquer negócio que implique a outorga de poderes de representação. Como tal, para se demonstrar a existência do poder de representação, exige-se a prova da causa, ou seja, da outorga e conteúdo da procuração, ou do mandato com representação, ou do contrato de trabalho, por exemplo.

Caso um terceiro se pretenda prevalecer dos poderes de representação da pessoa que celebrou o contrato para imputar esse contrato ao “representado”, terá de alegar e provar os factos que constituem a causa desses poderes. Contudo, este sistema é incompatível com o Comércio, pois na atividade comercial são raros os casos nos quais um terceiro exige ao representante a prova dos seus poderes. No Comércio, um terceiro não sabe se a pessoa com quem está a interagir tem ou não poderes de representação, nem sabe porquê, nem sabe quais, nem sabe desde quando. Nada sabe quanto à relação interna, e é muito pouco provável que pudesse – na prática – saber. Não sabe se é procurador, trabalhador, mandatário, ou se tem qualquer outra qualidade que lhe atribua poderes de representação. Não sabe, nem procura saber.

A única coisa que o terceiro sabe, é que está a interagir com uma pessoa que surge pública e estavelmente à frente da empresa. Porque é uma pessoa que está ao balcão da loja, ou na linha de caixa do supermercado, ou porque atende o telefone indicado no *site* da empresa. A partir deste facto, opera-se uma automática e inconsciente confiança na representação. Para o terceiro, essa pessoa é a empresa ou, pelo menos, é uma parte da empresa. Essa pessoa deixa de ser uma qualquer pessoa, para se transmutar na empresa. O que essa pessoa fizer, é feito pela empresa. O que essa pessoa disser, é afirmado pela empresa. O que essa pessoa pagar, é pago pela empresa.

Se há uma qualquer combinação, acordo, contrato, negócio ou outra relação interna entre essa pessoa e a empresa, é algo que é normalmente desconhecido do terceiro. E mesmo que o terceiro saiba que existe determinada relação, não conhece os seus pormenores, as concretas instruções ou limitações, e outras características e qualidades dessa relação interna.

São extremamente raros os casos nos quais um terceiro sabe efetivamente que há uma determinada relação entre o comerciante e o preposto, e quais os pormenores do conteúdo dessa relação. Em regra, nada sabe, e se souber, sabe muito pouco.

Chegado a Tribunal, o terceiro terá enorme dificuldade em saber o que alegar, pois não sabe efetivamente qual a relação interna entre “representante” e “representado”. Assim, nem sequer sabe o que alegar. Prová-lo é ainda mais difícil. Como é que se pode exigir que um terceiro alegue algo que não sabe e, ainda para mais, que o prove? E como manter a confiança no Comércio ao se fazer estas exigências?

A resposta do regime da preposição é simples: o terceiro não necessita alegar, nem provar a relação subjacente. Não precisa alegar factos que, na prática, será quase impossível conhecer e provar. Factos que apenas ocorreram na relação entre comerciante e agente (relação interna).

Tendo alegado e provado que o agente é um preposto (art. 248º do Código Comercial), nada mais tem de provar: o preposto é representante, sendo que o âmbito dos poderes de representação coincide com o âmbito da atividade à frente da qual o preposto surge (art. 249º do Código Comercial).

Este é um sistema simples e eficaz: se uma pessoa surge publicamente à frente de uma atividade comercial de modo público e estável, representa. Ou seja, segundo o regime da preposição, quem parecer ser representante, é representante.

Deste modo, é irrelevante se o preposto é trabalhador do comerciante, ou seu mandatário, ou procurador, sócio, cônjuge, ou se ocupa a posição por qualquer razão. Apenas é relevante que ocupe a posição de preposto, não sendo relevante o “porquê”. Se surge pública e estavelmente como caixa de supermercado, as vendas são do supermercado; se surge pública e estavelmente como bancário, o dinheiro que lhe foi entregue, foi entregue ao banco; se surge pública e estavelmente como o presidente do grupo de empresas, as declarações emitidas foram emitidas por todas as empresas do grupo.

Como é típico do Direito Comercial, o regime da preposição usa o ónus da alegação e prova como instrumento fundamental do sistema, ao retirar ao terceiro o ónus de alegar e provar a causa do poder de representação do agente com quem celebrou o contrato, mesmo que se queira fazer prevalecer da relação de representação.

O sistema vai ainda mais longe, porque impede que essa relação interna seja alegada (e provada) contra o terceiro.¹⁹ Assim, o comerciante não se pode defender contra o terceiro, invocando qualquer vício na relação subjacente, incluindo vícios no poder de representação que ele outorgou ao agente. Não pode invocar abuso de poderes de representação nem falta de poder de representação, nem qualquer outro vício.

Ou seja, de um ponto de vista mais técnico e teórico: a preposição é abstrata.

A relação de preposição que decorre do *status* (o lado externo) é abstrata relativamente à relação interna subjacente que se verifica entre comerciante (representado) e preposto (representante), sendo que esta abstração resulta do sistema de repartição dos ónus de alegação e prova no regime da preposição.

O terceiro apenas tem o ónus da prova de que o preposto tem essa qualidade. Ou seja, que é uma pessoa que surge pública e estavelmente à frente de um determinado comércio que abrange o negócio que o terceiro celebrou.

A partir da alegação (e prova) destes factos, o ónus passa a correr pelo comerciante.

O comerciante apenas tem três defesas por exceção possíveis:

¹⁹ Art. 249º do Código Comercial.

- Ou alega e prova que o preposto usurpou essas funções, exercendo-as sem o seu conhecimento ou sem a sua tolerância, caso em que não é um preposto, não se aplicando o respetivo regime.
- Ou alega e prova que o terceiro tinha conhecimento efetivo da relação subjacente, com todo o conteúdo e limites relevantes para o contrato, à data do contrato, caso em que a relação subjacente é oponível ao terceiro.
- Ou alega e prova que a preposição estava registada no Registo Comercial, caso em que o âmbito e limites são oponíveis ao terceiro de acordo com as regras de Registo Comercial.

No primeiro caso, o alegado “preposto”, comporta-se como um preposto, mas não o é, porquanto, para ser preposto é necessário que seja colocado à frente do comércio pelo comerciante ou, pelo menos, com o seu conhecimento e tolerância (com a sua ciência em paciência).

No segundo caso, o comerciante tem de provar que o terceiro tinha conhecimento efetivo à data da celebração do contrato com o preposto, razão pela qual:

- É irrelevante se o terceiro tinha obrigação de conhecer.
- É irrelevante um desconhecimento indesculpável da parte do terceiro.
- É irrelevante se o terceiro violou qualquer dever de diligência.

Mas é também é irrelevante:

- Um conhecimento efetivo anterior ao contrato.
- Um conhecimento efetivo posterior ao contrato.

Face a este regime, o risco da utilização de prepostos corre pelo comerciante preponente.

Ubi commoda, ibi incomoda.

Foi com a *actio institoria* que nasceu o princípio *ubi commoda, ibi incomoda*, e é na preposição que este princípio se manifesta de modo mais patente. A menos que o comerciante demonstre que o terceiro tinha conhecimento efetivo dos limites (à data do contrato), fica vinculado pelos atos do seu preposto, quer queira, quer não queira.

O terceiro caso, é um reflexo do sistema que vigorava em Roma. Na *actio institoria* era possível limitar, ou mesmo excluir, a preposição fazendo afixar publicamente cartazes na fachada do estabelecimento, nos quais o comerciante afirmava que não se devia fazer negócios com um ou outro dos seus auxiliares. Ou seja, era possível limitar a preposição, registando publicamente os limites.

Claro está que à data ainda não existia um sistema público e centralizado de registo comercial, como o atual. Contudo, a base é a mesma. Registada a preposição, o comerciante pode opor aos terceiros o que decorre do registo. Tal como sucedia em Roma, quando o comerciante podia opor aos terceiros o que decorria dos cartazes.

Face a este regime, o melhor modo de limitar uma preposição consiste em inscrevê-la em Registo Comercial. Mas é também possível limitar uma preposição eficazmente perante terceiros, comunicando a cada um dos terceiros quais os limites da preposição, de modo a que se consiga fazer prova dessa comunicação e do respetivo conhecimento efetivo pelo terceiro em momento anterior ao ato celebrado em representação. A necessidade de prova deste conhecimento efetivo à data da celebração do negócio, implica que não é um bom sistema de limitação da preposição a inclusão dos limites do preposto num *site*, porque a prova do conhecimento do *site* por parte do terceiro é muito difícil, o mesmo ocorrendo com a distribuição de panfletos, circulares ou *newsletters*. Mas já o envio de email ou carta pode facilitar a prova do conhecimento efetivo, desde que integre um sistema de registo de leitura. Claro está que esta prova está dependente da convicção do Juiz, dependendo da sua experiência e sabedoria. Mas tal não invalida o sistema de base. O ónus da alegação e prova das limitações e exclusão da preposição, e os correspondentes riscos, correm pelo comerciante; nunca pelo terceiro.

Este sistema é simples, prático, rápido e seguro, como é desejável no Direito Comercial e, acima de tudo, no Comércio. É irrelevante a teoria e a dogmática, apenas interessando a prática. E, na prática comercial, em especial em Tribunal, o ónus da prova é muitas vezes mais importante que a titularidade do direito.

8. Atuação em nome alheio vs atuação por conta alheia

O critério operacional na preposição é a atuação por conta alheia, e não a atuação em nome alheio.²⁰

Em Direito Civil, apenas há representação nos casos em que o representante atua com *contemplatio domini*. Ou seja, apenas há representação se o representante agir em nome alheio, em nome do *dominus*, declarando fazê-lo.

Este regime não respeita o Comércio. No Comércio, em especial no Comércio de massas, não se alega nome algum. Atua-se por conta alheia, mas sem invocar qualquer nome, nem próprio nem alheio. E quando se invoca um nome, em regra não é de uma pessoa (singular ou coletiva), mas antes uma marca, um *site*, ou qualquer outro sinal substancialmente distintivo do Comércio.

A aplicar-se o regime do Direito Civil ao Comércio, seriam muitos os casos nos quais faltaria a *contemplatio domini*, ou nos quais a *contemplatio domini* não se referiria a uma pessoa, mas a

²⁰ Sobre esta questão, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 160 a 231.

um sinal distintivo do comércio, que só muito dificilmente se conseguiria imputar a uma pessoa e que, por vezes, nem sequer se conseguiria fazer essa imputação efetiva.

Este é um problema que não tem razão de ser no Comércio. O Comércio exige confiança e só opera com confiança. Sem confiança não há crédito, e sem crédito não há Comércio. Por sua vez, para que haja confiança, é necessário que as partes atuem de boa fé. Como tal, o Direito Comercial protege a boa fé, mas de um modo efetivo. O Direito Comercial provoca os efeitos da boa fé, mesmo quando esta falta. O Direito Comercial sabe que pouca utilidade há em receber uma indemnização por violação da boa fé, ou em provocar a ineficácia de um negócio por violação da boa fé. O que se pretende é que seja obtida a atuação que resultaria se as partes houvessem agido de boa fé.

Assim, se alguém surge como representante de um comerciante, aproveitando-se o comerciante das utilidades que resultam da confiança alheia nessa representação, essa pessoa é considerada como representante (preposto) perante o terceiro que está de boa fé, aconteça o que acontecer.

Ubi commoda, ibi incommoda.

Limitar a representação aos casos nos quais o representante invoca o nome do comerciante, numa área da Sociedade em que tal não ocorre como regra, importa inverter a tutela. Na prática significaria proteger a má fé e desproteger a confiança. Este é um sistema que não pode ser admitido; não por uma qualquer questão ética (apesar de estar sempre subjacente), mas por uma questão prática. A admissão deste sistema mata o Mercado. A falta de boa fé mata o mercado; a desconfiança mata o Mercado.

Como afirmava Michele de Jorio em 1781:²¹

Não há comércio sem dinheiro, não há dinheiro sem crédito, não há crédito sem boa fé, não há boa fé sem leis; o dinheiro, o crédito e a boa fé, as leis, eis os princípios e os instrumentos do Comércio. O crédito, porém, não se adquire senão pela boa fé, e a boa fé não se mantém, senão com leis proporcionais. O Comércio, portanto, não pode florir, senão por via de leis justas, iguais, adequadas, e que sejam as mais adaptadas.

O regime da preposição admite a representação em todos os casos nos quais o preposto atue por conta do comerciante seu preponente, independentemente do nome que invoque. Assim, em Direito Comercial há lugar a representação com ou sem *contemplatio domini*, pois o que efetivamente releva não é a atuação em nome alheio, mas a atuação por conta alheia.

Note-se que a *contemplatio domini* tem efeitos jurídicos no caso da preposição, mas apenas no que respeita à repartição do ónus da prova. Se o preposto agir em nome do comerciante, os efeitos são imputados a este. Mas mesmo que não atue em nome alheio, pode o terceiro provar que o preposto atuou por conta do comerciante, sendo os atos imputados ao comerciante.

²¹ JORIO, MICHELE DE, *Codice Ferdinando o Codice Marittimo*, Cap. XXXII (3), in MOSCHETTI, CESARE MARIA, *Il Codice Marittimo del 1781 di Michele de Jorio per il Regno di Napoli*, Vol. I, Giannini Editore, Napoli, 1979, pág. 281.

Na prática, e dando a mui devida importância ao ónus da prova:

— Agindo o preposto em nome do preponente, o terceiro apenas tem de provar que ocorreu *contemplatio domini* para que ocorra a vinculação do comerciante (arts. 250º e 251º do Código Comercial).

— Agindo o preposto em nome próprio, o terceiro terá de provar que agiu por conta do preponente, provando que os efeitos últimos do ato praticado eram dirigidos ao preponente, para que ocorra a vinculação do comerciante (art. 252º, § único do Código Comercial).

Como resulta da Natureza das Coisas, é mais fácil provar a *contemplatio domini*, do que provar a atuação por conta do preponente, especialmente quando este a impugna.

De qualquer modo, de acordo com o regime da preposição é possível imputar atos a um comerciante mesmo que o preposto atue sempre em nome próprio, em nome de ninguém (sem invocar qualquer nome), ou em nome de uma pessoa que não é o verdadeiro representado. Apenas é necessário provar que, apesar de agir em nome próprio, está pública e estavelmente à frente de uma determinada empresa, agindo por conta dessa empresa.

Ou seja, provando-se que a atuação do preposto era destinada a que os benefícios finais dessa atuação fossem a favor de determinada empresa, fica vinculado o titular dessa empresa. Assim, mesmo que uma pessoa atue em nome próprio, se atua estável e publicamente de modo a que os efeitos sejam transferidos (mediata ou imediatamente) para um determinado último beneficiário, pode o terceiro acionar diretamente este último beneficiário da empresa por conta da qual o preposto age (art. 252º, § único do Código Comercial).

9. Avocação de contratos

O regime da preposição permite ao comerciante preponente avocar para si contratos celebrados pelo seu preposto por conta própria ou por conta de outrem.²²

No caso mais típico de preposição, o preposto está vinculado a um regime de exclusividade face à atividade à frente da qual se encontra. Não significa uma exclusividade total, abrangendo toda e qualquer atividade, mas uma exclusividade no que respeita à atividade comercial para a qual foi preposto.

A tipicidade da exclusividade na preposição é de tal modo marcante, que foi erigida em regime supletivo. Segundo o art. 253º na falta de autorização expressa do preponente, todos os prepostos têm um dever de exclusividade, muito embora seja limitado à atividade à frente da qual está preposto.

²² Sobre a avocação de contratos na preposição, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 183 a 193.

Como é natural, se um preposto concorre com o seu preponente irá, com muita probabilidade, causar-lhe danos. A concorrência  danosa, mesmo nos casos em que  lícita. No caso, vigorando um regime de exclusividade dentro do âmbito da preposição, a concorrência passa a ilícita, havendo lugar a responsabilidade civil. Esta solução é muito próxima da que se encontra positivada no art. 128, n1, al. f), do Código de Trabalho, por exemplo.

O problema ultrapassa a mera responsabilidade civil pelos danos, pelo que a solução também vai além da responsabilidade civil.

Na prática comercial, é raro que a responsabilidade civil sane efetivamente os danos. Claro está que processualmente, os danos ficam ressarcidos; mas substancialmente, n só se verifica que é frequente que os danos não fiquem ressarcidos na sua plenitude, como existem ainda outras consequências comerciais que ultrapassam o conceito de dano e que não são tuteladas. Assim ocorre, por exemplo, com o facto de um comerciante poder indicar determinada empresa como sua parceira de negócios, ou poder afirmar ter um determinado volume de negócios. Por estas e outras razões, quando um comerciante coloca uma pessoa  frente de todo ou parte do seu comércio, em regra não pretende que o preposto tome *“interesse debaixo do seu nome ou alheio em negociação do mesmo gnero ou espécie da de que se acha incumbido”*. Ou seja, não pretende que o preposto seja seu concorrente.

Importa ainda ter em consideração que o Comércio se faz através da celebração e execução de contratos e outros atos jurídicos. A atividade comercial consiste – em suma – na celebração contínua e profissional de contratos, pelo que o desvio de contratos constitui um desvio da atividade comercial.

Quando um preposto vinculado ao dever de exclusividade do art. 253 do Código Comercial celebra contratos por conta própria ou alheia, violando este dever de exclusividade, está a desviar a atividade do preponente, apossando-se ilicitamente (para si ou terceiro) de parte da empresa do comerciante.

Claro está que, quando o preposto age deste modo se verifica um conflito de interesses. Mas esta conclusão de pouco ou nada serve para o comerciante cuja atividade foi desviada. O que o comerciante preponente pretende é ficar com os contratos celebrados pelo preposto; ficar de novo com a sua atividade, os seus contratos. Não pretende - a título principal - ser ressarcido e muito menos pretende que os contratos sejam anulados, declarados nulos, ou que seja aplicada uma qualquer coima.

Do ponto de vista do comerciante preponente, era suposto que aqueles contratos fossem celebrados por sua conta, sendo que é precisamente isso que pretende.

Face a esta problemática, de acordo com o art. 253 do Código Comercial, são duas as consequências possíveis:

- Responsabilidade civil do preposto pelos danos causados ao comerciante.
- Avocação pelo preponente dos contratos celebrados pelo preposto.

A primeira consequência não apresenta dificuldades especiais, sendo um típico caso de responsabilidade civil por violação de um dever de exclusividade.

O segundo caso, contudo, constitui uma solicitação fora de comum, e que extravasa – em muito – os cânones do Direito Civil. Em suma, tendo o preposto um dever de exclusividade perante o seu preponente, caso celebre um contrato em violação desse dever, este regime permite ao preponente atingir o mesmo resultado que ocorreria se o preposto tivesse respeitado o dever de exclusividade. Ou seja, se o preposto devia ter celebrado o contrato por conta do preponente e não o fez, o preponente pode avocar o contrato para si próprio como se o preponente o tivesse celebrado em sua representação. O contrato passa a ter sido celebrado por conta do preponente.

Ao avocar o contrato que o preposto celebrou com um terceiro, o comerciante passa a ser parte nesse contrato, ocupando com efeitos retroativos a posição anteriormente ocupada pelo preposto ou pela pessoa por conta de quem o preposto agiu. Esta solução não é livre de problemas,²³ mas é a solução que melhor protege a empresa do comerciante preponente que recorre a um preposto vinculado a um dever de exclusividade.

10. Direito Internacional Privado e preposição

I. As questões privadas internacionais que envolvam preposições não são resolvidas pelo Código Civil, nem pelo regulamento Roma I, mas antes pela Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação,²⁴ concluída na Haia, no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, em 14 de março de 1978, aprovada para ratificação em 18 de setembro,²⁵ e ratificada em 4 de março de 1982, tendo entrado em vigor em 1 de maio de 1992,²⁶ sendo que Portugal exerceu o direito de reservar a não aplicação da mesma em matérias do respetivo art. 18º.²⁷

As matérias abrangidas por esta Convenção são extremamente amplas, incluindo a relação interna e externa, a atuação em nome alheio, a atuação por conta alheia, a atuação com poderes, a atuação sem poderes e o abuso de poderes, entre outras matérias. De certo modo, pretendeu-se abranger todos os problemas que podem ocorrer quando uma pessoa atua, ou é

²³ Sobre a avocação de contratos na preposição, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 183 a 193.

²⁴ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 465 a 552, BRITO, MARIA HELENA, *A Representação nos Contratos Internacionais, Um contributo para o estudo do princípio da coerência em direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 1999, VERHAGEN, *Agency in Private International Law, The Hague Convention on the Law Applicable to Agency*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1995 e PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, *Direito Internacional Privado*, Vol. II, 4ª ed (refundida), Almedina, Coimbra, 2015, págs. 294 e seg.

²⁵ Decreto 101/79, publicado no Diário da República, I série, nº 216, de 18 de setembro de 1979, págs. 2381 a 2388.

²⁶ Aviso 37/92, publicado no Diário da República I série A, nº 77, de 1 de abril de 1992, pág. 1588.

²⁷ As matérias excluídas em virtude da reserva portuguesa são: (1) representação exercida por um banco ou por um grupo de bancos em matéria de operações de banco; (2) representação em matéria de seguros; (3) atos de um funcionário público atuando no exercício das suas funções por conta de uma pessoa privada.

suposto atuar, por conta alheia, tanto no sistema jurídico da representação voluntária, como no sistema do mandato, como no sistema da *agency*. Esta convenção tem natureza universal, aplicando-se independentemente de a lei competente ser, ou não, de um Estado contraente.

II. A Convenção apresenta uma característica da maior relevância: a convenção não só determina a lei aplicável à chamada relação externa de representação, mas também à relação interna. Assim, a lei competente para regular a representação é determinada pela Convenção; mas o mesmo sucede com a determinação da lei competente para regular a relação jurídica interna, na parte relevante para a relação de representação. Deste modo, a Convenção estabelece as normas de conflitos relevantes para determinar a lei competente:

- Na relação representante / representado (arts. 5º a 10º).
- Na relação representante / terceiro (arts. 11º a 14º).
- Na relação representado /terceiro (art. 15º).

Como se pode concluir, este sistema abrange toda a ampla relação de representação, quer ocorra entre representante e representado, entre representante e terceiro, entre representado e terceiro, ou entre representante, representado e terceiro.

Abrange, não só o poder de representação propriamente dito, mas também o mandato, a agência, a preposição, e toda e qualquer relação jurídica que surja subjacente ao poder de representação, em todas as matérias que possam ser relevantes para a totalidade da relação de representação (salvo algumas exceções que decorrem da Convenção, nomeadamente, o regime do contrato de trabalho - art. 10º).

Em razão da Convenção, não é aplicável o art. 39º do Código Civil, nem o Regulamento Roma I,²⁸ nem o Regulamento Roma II²⁹ em matérias relativas à relação de representação (interna e externa), salvo nos casos que a própria Convenção exclui do seu âmbito.

O sistema de normas de conflito da Convenção apresenta uma aparente complexidade, porquanto se pretende obter uma conexão estreita com as matérias de representação, que são elas mesmas naturalmente complexas, e cuja análise ultrapassa os limites deste trabalho. Como tal, remete-se, nesta matéria, para a nossa obra,³⁰ e para as obras de Maria Helena Brito³¹ e Verhagen.³²

²⁸ Sobre a relação da Convenção com o Regulamento Roma I, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 475 a 482.

²⁹ Sobre a relação da Convenção com o Regulamento Roma II, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 482 a 485.

³⁰ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 465 a 552.

³¹ BRITO, MARIA HELENA, *A Representação nos Contratos Internacionais, Um contributo para o estudo do princípio da coerência em direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 1999.

³² VERHAGEN, *Agency in Private International Law*, The Hague Convention on the Law Applicable to Agency, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1995.

11. Exemplos

São inúmeros os exemplos possíveis de prepostos, nomeadamente testas de ferro, CEO, CFO, VP, diretor geral da empresa, diretor de hotel, diretor de fábrica, gerente de balcão, gerente de restaurante, diretor de um departamento da empresa, vendedor de automóveis, caixa de supermercado, operador de *call center*, procurador de banco e procurador de offshore, entre muitos outros.

Não é possível, analisar todos os exemplos, nem é possível aprofundar a análise dos exemplos neste trabalho. Contudo, apresentam-se, seguidamente, alguns exemplos de prepostos.

– Vigilante que recebe correio

É prática frequente que na entrada de um edifício no qual exerçam atividade várias empresas, se encontre uma pessoa cujas funções incluem a receção do correio de todas as empresas. É também frequente que esta pessoa seja um vigilante, com contrato de trabalho celebrado com uma empresa de segurança privada. O vigilante não só recebe o correio e as encomendas postais, como assina os respetivos recibos de receção. Ao praticar estes atos, atua por conta das empresas que exercem atividade nesse edifício sem, contudo, ter celebrado qualquer negócio jurídico com as mesmas.

Numa aproximação externa (*externall approach*) o vigilante está preposto à frente da atividade de receção de correio de todas as empresas que exercem atividade nesse edifício. Contudo, a relação interna é – muitas vezes – extremamente complexa: o vigilante celebrou um contrato com a empresa de segurança privada, que por sua vez celebrou um contrato de prestação de serviços com a empresa que gere o condomínio, que por sua vez foi contratada com base numa deliberação da assembleia de condóminos, da qual faz parte o proprietário da fração, que celebrou um contrato de arrendamento com a empresa à qual o correio é destinado. Numa aproximação interna ao problema (*internall approach*), típica no Direito Civil, para se obter o poder de representação do vigilante em relação a todas as empresas, seria necessário que o poder de representação fosse concedido pela empresa inquilina ao senhorio, que depois o passaria para o condomínio, deste passaria para a empresa de gestão do condomínio que, por sua vez, o repassaria para a empresa de segurança privada passando então para a esfera do vigilante. Só assim é que o vigilante teria poderes de representação, o que exigiria a alegação e prova de todos os factos inerentes. Caso não fossem provados todos estes factos, a receção do correio e encomendas e a assinatura de recibos pelo vigilante não seria imputado representativamente na esfera das empresas que exercessem atividade nesse edifício.

Contudo, estes vigilantes estão colocados pública e estavelmente à frente de parte da atividade comerciante de todas as empresas que exercem atividade no edifício – art. 248º do Código Comercial. São, como tal, prepostos para a receção de correio e encomendas, sendo titulares do poder de representação “geral e compreensivo de todos os atos pertencentes e necessários ao exercício do comércio para que houvesse sido dado, sem que o proponente possa opor a terceiros limitação alguma dos respetivos poderes, salvo provando que tinham conhecimento dela ao tempo em que contrataram” - art. 249º do Código Comercial.

Em consequência, os vigilantes que se encontram nas entradas ou receções de edifícios têm poderes de representação para vincular todas as empresas que exerçam atividade nesses edifícios, em todas as matérias típicas destas funções. Estas empresas, por sua vez, apenas podem opor a terceiros uma falta de poderes de representação do vigilante, ou a violação de outros limites (mesmo que internos), caso provem que o terceiro tinha conhecimento efetivo dessas limitações à data da entrega do correio (por exemplo), ou caso inscrevam o vigilante no registo comercial da empresa, fazendo constar do registo comercial as limitações aplicáveis.

– Testas de ferro

O uso de testas de ferro ou de homens de palha no Comércio,³³ é tão antigo quanto o próprio Comércio. Esta designação é, contudo, reservada para os casos em que uma pessoa é colocada à frente de um assunto de outra pessoa, de modo a esconder o seu principal, com fins condenáveis. Não necessariamente ilícitos (embora frequentemente), mas em regra condenáveis de acordo com os usos do Comércio.

Um testa de ferro é, agora em linguagem jurídica comum, um mandatário sem representação ou, em linguagem jurídico-comercial, um comissário. Contudo, no Comércio quando se usa a terminologia “mandatário” ou “comissário”, tal significa que nada de condenável há a esconder. O testa de ferro, por sua vez, é usado para esconder algo que está fora dos cânones do Comércio, ou do Direito.

Note-se que a chamada “interposição fictícia de pessoa” nada tem de mal só por si, em especial no Comércio e no Direito Comercial. Uma parte importante do Comércio é efetuada com interposição fictícia de pessoas. Assim sucede, por exemplo, quando um contrato é celebrado por uma pessoa em seu próprio nome, que fica a constar no contrato como parte, mas agindo por conta de outra pessoa, que pretende ficar escondida. Por outro lado, no Comércio, e no Direito Comercial, há danos que são vistos positivamente. Todo o Comércio é, de certo modo, danoso, e o Direito Comercial promove e protege certas atuações danosas, como constituindo um dos grandes valores do Comércio: a concorrência. A concorrência é sempre danosa para os outros concorrentes, sendo essa a sua essência. Assim, especialmente no Direito Comercial, a fronteira entre o dano lícito e o dano ilícito é muito especial, sendo admitidos vários danos como sendo, não só lícitos, mas desejados como Dever Ser. O mesmo sucede com a mentira, que é aceite no Comércio e no Direito Comercial de um modo muito diferente do que sucede no Direito Civil. Esta é, aliás, a razão da fundamental diferença de fronteiras entre o *dolus bonus* e o *dolus malus*, no Direito Civil e no Direito Comercial.

O mesmo sucede com a simulação. A questão do testa de ferro tem duas abordagens diametralmente opostas no Direito Civil e no Direito Comercial. No Direito Civil o uso de um testa de ferro corresponde, em regra, a uma simulação subjetiva, com as inerentes e sobejamente conhecidas consequências. No Direito Comercial esta prática corresponde a uma comissão mercantil, conforme decorre do art. 266º do Código Comercial:

³³ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 554 a 556.

Dá-se contrato de comissão quando o mandatário executa o mandato mercantil sem menção ou alusão alguma ao mandante, contratando por si e em seu nome, como principal e único contraente.

Ou seja, no Direito Civil, em regra um testa de ferro é algo de desvalioso, mas no Direito Comercial não o é necessariamente, nem mesmo frequentemente, pois o dano que se pretende causar consiste – normalmente – no exercício da concorrência. Só em casos extremos, que ultrapassam os limites do próprio Direito Comercial, no que respeita ao engano provocado e ao dano causado. Em regra, no Comércio, e no Direito Comercial, entre comerciantes, as declarações emitidas não correspondem à vontade real. Sendo assim, o recurso a testas de ferro é corrente no Comércio, sendo de tal modo corrente que o Direito Comercial tem soluções próprias para o efeito.

Estes casos podem ocorrer em duas situações:

- Prática de atos isolados.
- Prática de atividade.

A prática de atos isolados corresponde a um testa de ferro que foi instituído para apenas um negócio, por exemplo, sendo aplicável o regime da comissão.

No segundo caso, o testa de ferro é um preposto. Assim sucede, porque nestes casos o testa de ferro surge colocado pública e estavelmente à frente de um determinado comércio. É, portanto, um preposto desse comércio.

A questão que pode causar alguma dificuldade prática, consiste em saber a quem pertence esse comércio. Contudo, no caso dos testa de ferro, esse comércio pertence sempre a outrem, embora tal facto seja escondido. Assim, determinando-se que certa pessoa está pública e estavelmente à frente de um comércio, agindo em nome próprio e por conta desse comércio, e provando-se que esse comércio é pertença de outra pessoa, temos um preposto, que pode acontecer que seja um testa de ferro. Neste caso, pode o terceiro optar por considerar como vinculado o testa de ferro, ou o seu principal, conforme estatuído pelo art. 252º do Código Comercial. O terceiro pode, como tal, acionar o principal, se assim o desejar, passando o principal a ficar vinculado ao contrato, e passando a ser a sua esfera patrimonial a operar como garantia geral das obrigações. Ou, pode acionar o próprio testa de ferro; não porque é um testa de ferro, mas porque é um preposto.

Em conclusão, um testa de ferro que surja à frente de uma atividade comercial (e não de um único ato, ou de uma atividade não comercial) é um preposto, sendo-lhe aplicável o regime dos arts. 248º e seguintes do Código Comercial.

– **Preposto do grupo**

Como regra, os grupos não ocorrem entre sociedades, mas antes entre empresas que pertencem a comerciantes.³⁴ Se os comerciantes são sociedades ou não, é irrelevante para a prática comercial. O que interessa, no Comércio, é que se agrupem empresas comerciais de modo a promover o lucro dos comerciantes.³⁵ Os comerciantes conseguem atingir esse desiderato colaborando entre si,³⁶ de modo egoísta, é certo, mas convictos que a sua colaboração é útil para a promoção do lucro. Essa colaboração pode organizar-se de inúmeros modos, tantos quanto a imaginação dos comerciantes.

O comércio não é exercido por sociedades, é exercido por comerciantes, que exercem uma empresa. Por sua vez, as empresas têm uma tendência natural para se agrupar. Ou, melhor, os comerciantes têm uma natural tendência para agrupar empresas. Assim é, assim foi e assim será. Os grupos de empresas sempre existiram e desde cedo foram regulados ou, pelo menos, foi tentada a regulação dos problemas causados pelos grupos. Um dos principais, senão mesmo o principal problema dos grupos, é o problema da imputação dos atos jurídicos.

Saber a que comerciantes são imputados os atos jurídicos, quando esses comerciantes atuam em grupo com outros comerciantes é um problema fundamental nos grupos, porquanto o grupo opera no Comércio como uma unidade, apesar de não operar no Direito como um único sujeito. Caso se impute o ato apenas ao comerciante que o praticou, apenas esse comerciante responderá pelo mesmo. Mas se o ato for imputado a todo o grupo, todos os seus membros responderão pelo ato.

A imputação pode ser obtida de vários modos, e pode também operar de vários modos, podendo ainda ser total ou parcial. Pode imputar-se o ato como se praticado por todos os membros, ou pode imputar-se o ato apenas no que respeita a algumas das suas consequências, ou pode imputar-se apenas a responsabilidade pelo ato, nomeadamente, para efeito de garantia geral das obrigações. Por outro lado, podem imputar-se todos os atos, ou apenas alguns atos, e podem imputar-se os atos a todos os membros do grupo, ou apenas a alguns membros do grupo. As opções são inúmeras.

Uma das principais ferramentas nesta matéria é a preposição.

Quando vários comerciantes operam em grupo, alguém tem necessariamente de agir por conta do grupo. Quando o grupo é constituído por comerciantes em nome individual, podem ser os próprios comerciantes a agir pessoalmente. Mas quando o grupo é exclusivamente composto por sociedades comerciais, existem necessariamente pessoas a agir por conta dos comerciantes. No entanto, independentemente da composição do grupo, o mais corrente é

³⁴ Sem prejuízo da existência de grupos que incluem empresas não pertencentes a comerciantes e mesmo empresas não comerciais pertencentes a não comerciantes. Face à especialidade das questões que surgem nos grupos que integram comerciantes e não comerciantes, não abordaremos esta problemática neste estudo.

³⁵ Sobre alguns motivos para o agrupamento, ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA, *Os Grupos de Sociedades*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, págs. 63 a 71 e MORAIS, LUÍS DOMINGOS SILVA, *Empresas Comuns, Joint Ventures, no Direito Comunitário da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 180 a 194.

³⁶ Sobre a problemática da colaboração empresarial, MORAIS, LUÍS DOMINGOS SILVA, *Empresas Comuns, Joint Ventures, no Direito Comunitário da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2006, *passim*.

que o grupo recorra a pessoas que integram as empresas de um ou mais dos comerciantes do grupo, que passam a atuar por conta da atividade comercial do grupo – por conta do comércio do grupo – pessoas estas que podem ser gerentes, administradores, trabalhadores ou outros colaboradores. Em virtude da sua atuação, estas pessoas surgem pública e estavelmente à frente de um determinado comércio ou empresa, que é do grupo, a que se pode chamar de “empresa de grupo”,³⁷ ou de “empresa comum”.³⁸ Assim, estas pessoas não atuam por conta do grupo num sentido subjetivo, pois na prática comercial não atuam por conta dos comerciantes que integram o grupo, nem mesmo por conta do concreto comerciante em cuja estrutura empresarial estão contratualmente inseridos. Antes, na prática comercial, atuam por conta de um determinado comércio, de uma determinada empresa, comércio este que é o do grupo.

Este comércio do grupo é formado pela atividade desenvolvida em conjunto pelo grupo, ou seja, é a empresa do grupo. Esta empresa não pertence a nenhum membro do grupo em particular, mas a todos os membros do grupo que juntam esforços e meios para o efeito.³⁹ É precisamente nisso que constitui o grupo, uma estrutura empresarial comum ou, melhor, uma estrutura empresarial identificada como comum, como uma única empresa, independentemente do que causou essa empresa, ou independentemente da denominação sob que se apresenta ou é conhecido. Assim, quando estas pessoas atuam por conta desse comércio (imputação objetiva), atuam por conta dos titulares desse comércio que são os comerciantes membros do grupo (imputação subjetiva). O que ocorre quer atuem em nome do grupo, quer atuem em nome do comerciante em cuja estrutura estão formalmente integrados, quer atuem sem invocar qualquer nome.

No primeiro caso, atuam por conta de uma marca, ou qualquer outro sinal substancialmente distintivo do comércio, que identifique o grupo enquanto tal. No segundo caso, invocam agir em nome de um comerciante que integra o grupo, mas no exercício de uma atividade reconduzível ao grupo. No terceiro caso, não invocam qualquer nome na sua atuação, mas a sua atividade é reconduzível ao grupo. Em todos os casos, estas pessoas atuam no âmbito de determinado comércio que pertence ao grupo. Ao agirem deste modo, os resultados da sua atuação integram o grupo, beneficiando os seus membros.

Em suma, nestes casos, a atuação dessas pessoas é feita por conta dos membros do grupo, quer invoquem agir em nome dos comerciantes que integram o grupo, quer não o invoquem. São, como tal, prepostos do grupo: pessoas que são colocadas pelos comerciantes que integram o grupo, à frente do comércio que exercem em grupo, de um modo público e estável.

É irrelevante se é um grupo nos termos do Código das Sociedades Comerciais ou não. O que releva é que essas pessoas surjam pública e estavelmente à frente de uma determinada atividade comercial, de um determinado comércio, e que esse comércio seja exercido por

³⁷ Referindo-se a esta noção, mas sem a acompanhar integralmente, RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Grupos Empresariais e Societários, Incidências Laborais*, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 344.

³⁸ MORAIS, LUÍS DOMINGOS SILVA, *Empresas Comuns, Joint Ventures, no Direito Comunitário da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2006, *passim*.

³⁹ MORAIS, LUÍS DOMINGOS SILVA, *Empresas Comuns, Joint Ventures, no Direito Comunitário da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2006, *passim*.

conta dos membros do grupo, para seu benefício. Nestes casos, aplicam-se os arts. 248º e seguintes do Código Comercial.

Como tal, provando-se que a atuação dessas pessoas integra um comércio que pertence a vários comerciantes, ou seja, que foram prepostos por vários comerciantes para estar à frente dessa atividade, agindo os prepostos com invocação do nome do grupo, através da indicação de um sinal substancialmente distintivo do comércio do grupo, todos os membros do grupo são solidariamente responsáveis, sendo a atuação dos prepostos imputada solidariamente a todos os preponentes.⁴⁰

Mesmo que o preposto não invoque agir em nome do grupo, por exemplo invocando agir em nome do seu empregador, pode um terceiro provar que agiu por conta do grupo, ou dos comerciantes que integram o grupo, caso em que pode optar por imputar a atuação a esses comerciantes, responsabilizando-os pelo ato, ou optar por imputar a atuação ao próprio agente ou à pessoa em nome de quem agiu.⁴¹

– Representante de marca automóvel

O mercado automóvel é fundamentalmente estrangeiro, porquanto a quase totalidade das marcas de automóveis existentes em Portugal é estrangeira. Mesmo os automóveis fabricados em Portugal são normalmente de marcas estrangeiras.

O problema é complexo, pelo que apenas abordamos uma das suas vertentes: a denominada “garantia da marca” ou “garantia do fabricante”.

É extremamente raro em Portugal que um cliente compre um automóvel diretamente ao fabricante. Por regra, o fabricante do automóvel é uma empresa estrangeira, que vende os automóveis a um importador (por vezes, através de intermediários), que por sua vez os vende aos concessionários que, por último os vendem aos clientes. As modalidades de venda podem ser as mais variadas em qualquer fase do negócio, quer vendas típicas, quer vendas à consignação, ou outras. Contudo, sem prejuízo das variações do esquema jurídico aplicável, o esquema comercial é normalmente o referido.

Sucedem, no entanto, que a chamada “garantia de marca” ou “garantia de fábrica” é da responsabilidade direta do fabricante. Não é do concessionário, nem do importador, nem de outros intermediários que possam surgir. É uma garantia prestada diretamente pelo fabricante.

Contudo, a atividade do fabricante em Portugal é exercida através de outras empresas, sendo que, como regra, uma dessas empresas é conhecida publicamente e estavelmente como o “representante” da marca em Portugal. Normalmente este “representante” da marca é o importador principal dessa marca, mas não necessariamente. O problema ocorre com a prova

⁴⁰ Art. 251º do Código Comercial.

⁴¹ Art. 251º e 252º do Código Comercial.

dos poderes de representação e do respetivo âmbito. Como é que um terceiro (em regra um cliente) prova os poderes de representação? E qual o seu âmbito?

Estas perguntas são respondidas pelo regime da preposição. Apresentando-se uma empresa como representante em Portugal de determinada marca de automóveis, de modo público e estável, é preposto da marca (art. 248º do Código Comercial). Ao ser preposto da marca, e ao apenas invocar a marca (e não o nome do concreto preponente) é preposto de todas os comerciantes que girem sob essa marca, representando-os a todos solidariamente (art. 251º, §1º do Código Comercial). Assim sucede, mesmo que o “representante” da marca atue em nome próprio, desde que o terceiro prove que atuou por conta da marca (art. 252º, § único do Código Comercial).

Neste caso, o “representante” da marca tem poder para representar a marca (todas as empresas do grupo empresarial que girem sob essa marca), sendo que este poder de representação “presume-se geral e compreensivo de todos os atos pertencentes e necessários ao exercício do comércio para que houvesse sido dado, sem que o proponente possa opor a terceiros limitação alguma dos respetivos poderes, salvo provando que tinham conhecimento dela ao tempo em que contrataram” (art. 249º do Código Comercial).

Este regime é aplicável a empresas estrangeiras que exerçam atividade em Portugal (art. 255º do Código Comercial). Contudo, neste caso, para além das sociedades estrangeiras serem representadas por estes seus prepostos, estão também obrigadas a proceder à inscrição do preposto no registo comercial. Podem inscrever no registo comercial este preposto (o “representante” da marca), ou outro preposto, mas deve ser registado pelo menos um preposto (art. 4º do Código das Sociedades Comerciais).⁴²

Este preposto registado, ou representante permanente, constitui uma exigência legal, que não é satisfeita pela mera existência de um preposto. A sociedade estrangeira (a “marca” automóvel) deve ter um preposto em Portugal, e deve inscrevê-lo em registo comercial. Caso não cumpra qualquer um destes dois deveres, a sociedade estrangeira (a “marca” automóvel) pode ser proibida de exercer atividade em Portugal, sendo liquidado todo o seu património em Portugal, tanto o seu ativo como o seu passivo. Assim, neste caso, deve ser assegurada de imediato a liquidação da garantia do automóvel, o que importa a transferência da garantia para um terceiro, que passe a assegurar a garantia do automóvel (um seguro, por exemplo), em relação a todos os automóveis com a garantia em vigor.

No caso de violação do art. 4º do Código das Sociedades Comerciais, que ocorre pela simples falta de inscrição no regime comercial do preposto (“representante” da marca), os legais representantes da sociedade estrangeira ficam pessoalmente responsáveis por todos os passivos da marca em Portugal. A esta responsabilidade, acresce ainda a responsabilização solidária de todas as pessoas que, em Portugal, atuem em nome ou por conta da marca, no que respeita aos atos por si praticados. Ou seja, as pessoas que no “representante” da marca vendam um automóvel, ficam solidariamente responsáveis pela garantia.

⁴² Sobre o regime do art. 4º do Código das Sociedades Comerciais, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *Sociedades Comerciais Estrangeiras*, Almedina, Coimbra, 2015.

Ou seja, no caso de sociedades comerciais estrangeiras que cumpram o disposto no art. 4º do Código das Sociedades Comerciais, existirá registada em Portugal uma representação permanente, que tem natureza de preposto registado. Como preposto registado, e nos limites do regime de registo comercial, tem plenos poderes representativos, incluindo plenos poderes forenses ativos e passivos. Como tal, o cliente pode acionar a marca, representada pelo seu preposto.

No caso de a sociedade comercial estrangeira não cumprir o art. 4º do Código das Sociedades Comerciais, todos os legais representantes dessa sociedade são solidariamente responsáveis pela garantia, e a estes acrescem as pessoas que tratam das vendas de automóveis por conta da marca em Portugal.

Vídeos da apresentação

I



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1kn7q8yqcg/flash.htm>

II

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS
Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Temas de Direito Civil e Processual Civil Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: O Gerente de Comércio ou Preposto (Pt.2) Montepio - Auditório 22.01.2016 10:00

DATAJURIS JUSTIÇA 7A

Código Comercial - Art. 251º

Procedendo os gerentes nos termos do artigo anterior, todas as obrigações por eles contraídas recaem sobre os proponentes.

§ 1.º Se os proponentes forem muitos, cada um deles será solidariamente responsável.

§ 2.º Se o proponente for uma sociedade comercial, a responsabilidade dos associados será regulada de acordo com a natureza dela.

Lisboa

Pedro Leitão Pais de Vasconcelos
O Gerente de Comércio ou Preposto

00:00:01 00:27:51

FCT **FCCN** www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2o0bplyomg/flash.html>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2.

Contratação Eletrônica

Francisco Carneiro Pacheco Andrade



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Contratação Eletrónica¹

Francisco Carneiro Pacheco Andrade*

Resumo

A celebração de contratos por meios eletrónicos entrou nas nossas atividades quotidianas. Mas para falar dos novos modos de contratar, temos que definir o que se entende por contratação eletrónica, enquanto conceito de primordial importância no contexto do próprio comércio eletrónico mas também enquanto conceito jurídico-civilístico e teremos ainda que compreender os diferentes modos de celebração eletrónica de contratos, no que ao *modus operandi* dos sistemas ou aplicações informáticas diz respeito. Após o que se irá fazer uma muito breve excursão por algumas normas do capítulo da contratação eletrónica do DL 7/2004, de 7 de janeiro.

A contratação eletrónica poderia ser entendida como um modo de contratar em que as declarações de vontade contratual sejam emitidas eletronicamente, através da utilização de uma rede de telecomunicações². Mas esta definição é demasiado restritiva – poderíamos ter que excluir a contratação por EDI – Intercâmbio eletrónico de dados. E no caso do EDI, pode muito bem haver um acordo escrito em suporte papel assinado caligraficamente pelas partes, previamente à utilização do sistema³. Pelo que propomos uma outra definição de contratação eletrónica – aquela contratação que se forma mediante manifestações de vontade que se concretizam em transmissões de dados ou informação através de meios eletrónicos. Na verdade não estamos, na contratação eletrónica, perante um novo tipo contratual (ou categoria autónoma) mas perante novas técnicas de formação contratual. Uma tão abrangente definição de contratação eletrónica não nos permite estabelecer as distinções entre os vários tipos e meios de comunicação utilizados. Estaremos a abarcar realidades operativas distintas, cuja utilização e procedimentos poderão também causar diferentes efeitos jurídicos. Haverá necessidade de uma classificação dos contratos na contratação eletrónica atendendo às características diferentes da contratação eletrónica consoante o modo de utilização. Na verdade, não nos interessa tanto o meio concreto de utilização, mas o *modus operandi*.

Vamos abordar, de acordo com a doutrina brasileira⁴ (mas que o ordenamento jurídico

¹ O presente artigo foi escrito na sequência da participação numa ação de formação contínua do Centro de Estudos Judiciários (“Temas de Direito Civil e Direito Processual Civil”), no dia 8 de Janeiro de 2015.

* Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho

² “Todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medios de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones” - Proyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, Anexo, letra h), referenciado por María de la Sierra Flores Doña, “**Impacto del Comercio Electrónico en el Derecho de la Contractación**”, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 2002, pág. 75.

³ cfr. David Oliveira Festas “A contratação eletrónica automatizada” in “Direito da Sociedade da Informação”, vol. VI, Coimbra Editora 2006 e ainda Francisco Carneiro Pacheco Andrade “A celebração de contratos por EDI – Intercâmbio Electrónico de Dados”, in Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho págs. 297- 322.

⁴ Não podemos aqui deixar de realçar o facto de a Doutrina Jurídicoinformática do País Irmão ter avançado com uma classificação dos contratos eletrónicos que atenta no específico modo técnico de realização de cada tipo de comunicação em ambiente eletrónico-digital. Cfr. Erica Brandini Barbagalo, “Contratos Eletrônicos”,

português acaba por reconhecer implicitamente) três categorias distintas de contratação eletrónica:

- Contratação eletrónica interpessoal;
- Contratação eletrónica interativa;
- Contratação eletrónica intersistémica .

Contratos eletrónicos interpessoais (artigo 30º Regime Jurídico do Comércio Eletrónico)

Contratos celebrados eletronicamente quando o elemento tecnológico é utilizado apenas como meio de comunicação entre as partes (interação humana nos dois extremos da relação) Este tipo pode ser subdividido em duas categorias distintas conforme seja simultânea ou não a declaração de uma parte e a sua receção pela outra⁵.

Contratos eletrónicos interpessoais simultâneos – celebrados em tempo real, em linha (on-line) ou contratos celebrados entre partes que estejam, simultaneamente, ligadas à rede de comunicações, contanto que a declaração de vontade de uma das partes seja recebida pela outra no mesmo momento em que é declarada, sem necessidade de nova interação com a aplicação ou sistema (exs. *chats* ou conversa eletrónica, videoconferência).

Estes contratos têm analogia com os contratos celebrados por telefone. Embora não estando as partes fisicamente presentes, a declaração e a receção são feitas simultaneamente. Estes contratos podem ser considerados contratos entre presentes, dada a possibilidade de resposta imediata⁶. Acresce que na comunicação instantânea, como acontece nas comunicações entre presentes ou nas comunicações telefónicas, qualquer erro é imediatamente detectado pelos intervenientes.

Contratos eletrónicos interpessoais não simultâneos – a declaração e a receção não ocorrem simultaneamente, antes existe um lapso temporal entre a declaração de uma parte e a receção pela outra parte e a necessidade de nova interação com a aplicação ou sistema (exs. correio eletrónico). Estes contratos já serão considerados contratos entre ausentes.

Para se ter acesso à mensagem enviada por correio eletrónico é necessária nova interação com a aplicação ou sistema informático. Nestes casos, o conteúdo da mensagem não chega ao conhecimento do destinatário involuntariamente. Torna-se necessário que o destinatário execute nova ação para que possa aceder ao conteúdo da mensagem recebida, o que retira a instantaneidade da comunicação. Pelo que a contratação através de correio eletrónico deverá

Editora Saraiva, 2001, págs. 48 e segs., que enfatiza as “características que diferenciam os contratos de acordo com o modo de utilização”.

⁵ Cfr. Erica Brandini Barbagalo, op. citada, pág. 53.

⁶ Possibilitando, como refere Erica Brandini Barbagalo, op. citada, págs. 53 e 54, que “a declaração de vontade de uma parte seja recebida pela outra no mesmo momento em que é declarada ou em curto espaço de tempo”.

ser entendida como contratação entre ausentes⁷.

Contratos eletrônicos interativos (artigos 27º a 29º do Regime Jurídico do Comércio Eletrônico)

Uma pessoa interage com um sistema, destinado ao processamento eletrônico de dados, predisposto (colocado à disposição) por outra pessoa.

Essa outra pessoa pode não estar conectada e pode não ter conhecimento imediato de que o contrato foi celebrado⁸. São exemplos desta categoria a celebração de contratos através de sítios Web (compra de produtos ou contratação de serviços através de sítios web).

As contratações interativas resultam de uma relação de comunicação entre uma pessoa e um sistema aplicativo. Este sistema aplicativo possibilita o acesso a dados e contém funções múltiplas que possibilitam a interação do usuário (escolher itens de compra, preencher formulários, indicar aceitação aos termos de fornecimento), mediante interação (humana) com um sistema computacional - a parte que acedeu ao sítio eletrônico tem conhecimento da disposição do proprietário desse sistema em se vincular por esta forma.

A página de um sítio Web pode conter uma oferta (de um produto, de determinada qualidade, a um dado preço) – na verdade, uma oferta ao público! Desde que contenha uma proposta clara, contendo todos os elementos essenciais existirá uma proposta contratual. Ao aceder à página, o utilizador tem a possibilidade de manifestar aceitação dos termos do contrato.

Contratos eletrônicos intersistêmicos (artigo 33º do Regime Jurídico do Comércio Eletrônico – contratação sem intervenção humana).

⁷ Carlos Vattier Fuenzalida, “**En torno a los contratos electrónicos**”, in “Revista General de Legislación y Jurisprudência”, número 1, Enero-Febrero, 1999,, pág. 84, fala de “contrato entre ausentes” por duas ordens de razão: “porque los contratantes suelen estar situados en lugares diferentes” e “porque el intercambio de oferta y aceptación no es simultáneo”. E, na verdade, numa relação contratual eletrônica podem-se configurar casos em que, estando as partes fisicamente distantes, não obstante o intercâmbio da oferta e da aceitação decorre de forma imediata, como se as partes estivessem em face uma da outra. É o caso da contratação, por exemplo, por meio de videoconferência, mas também por meio de “Conversa eletrônica” ou “Chat”, casos esses em que o modo de contratar não difere muito do que é estabelecido por meio de conversa telefônica. Em rigor, nestes casos – para utilizar a expressão do autor espanhol – estamos perante contratação “entre personas distantes” mas não necessariamente entre pessoas ausentes. O autor espanhol também aborda a questão da classificação de tais contratos como sendo de “formación instantánea” (aqueles em que a separação física dos contraentes não impede o conhecimento simultâneo das declarações de vontade – e é o caso dos contratos celebrados por telefone, videoconferência, “conversa eletrônica” – versão escrita ou falada – e telemóvel na sua versão conversa simultânea áudio) ou de “formación sucesiva” (aqueles em que, para além da distância física entre os contratantes, existe um intervalo de tempo, mais ou menos prolongado, mas sempre significativo, entre a emissão da declaração de vontade e o seu recebimento ou conhecimento pela contraparte). Este é o caso da tradicional contratação por carta ou telégrafo, mas também, no que à contratação eletrônica se refere, da contratação por correio eletrônico, por ftp e, de um modo geral, da contratação através da Internet e ainda da contratação por telemóvel na sua versão de troca de mensagens escritas.

⁸ Cfr. Erica Brandini Barbagallo, op. citada, pág. 55: “... uma pessoa interage com um sistema destinado ao processamento eletrônico de informações, colocado à disposição por outra pessoa, sem que esteja ao mesmo tempo, conectada e sem que tenha ciência imediata de que o contato foi efetuado”.

Caracterizam-se pela utilização dos sistemas computacionais das partes interligados entre si, para entre si comunicarem e trocarem dados. Os sistemas informáticos das partes, não só estão interligados, como interagem sem qualquer intervenção humana. É a chamada contratação sem intervenção humana⁹!! As partes envolvidas limitam a sua intervenção à preparação e instalação dos sistemas informáticos de modo a que estes possam operar e comunicar. A partir desse momento, as máquinas atuarão por si próprias, celebrando contratos.

Também neste grupo podemos distinguir dois importantes subtipos:

Contratação eletrónica intersistémica automatizada, pela qual os sistemas informáticos executam, por si sós, de modo automatizado, as instruções incorporadas nos respetivos programas pelos programadores (ex. Contratação através de EDI – Intercâmbio eletrónico de dados)¹⁰ e *Contratação eletrónica intersistémica inteligente* ou *Contratação efetuada através da intervenção e interação de sistemas informáticos capazes de atuar autonomamente, de raciocinar, de aprender com a experiência, de automodificar as suas próprias instruções e de tomar decisões*¹¹.

Dificuldade para a contratação eletrónica intersistémica - os computadores e aplicações informáticas não têm personalidade jurídica!! E a contratação eletrónica intersistémica distingue-se de outros meios de contratação pelo diferente grau de envolvimento humano no processo de formação do contrato. Na contratação através de meios convencionais (carta, fax, telex, correio eletrónico) a intervenção humana tem sempre lugar no início do processo transacional e as partes controlam totalmente o processo de formação do contrato. Mas nas relações contratuais intersistémicas o processo comunicacional conducente ao contrato realiza-se entre aplicações informáticas sem qualquer intervenção humana. Todo o processo conducente à perfeição do contrato é inteiramente gerado, processado e controlado pelos sistemas informáticos. Os humanos podem nem estar cientes do número de transações efetuadas, ou do conteúdo dessas transações, ou do momento ou lugar em que o contrato se tem por concluído ou em que os seus efeitos se produzem.

Estaremos perante contratos cujas declarações de vontade são emitidas e recebidas por máquinas, instrumentalizadas ao serviço de interesses humanos? Estaremos em presença de um contrato de execução continuada? Ou em presença de tantos contratos consoante as

⁹ Cfr. Erica Brandini Barbagalo, op. citada, págs. 51 e 52. Cfr. também, pág. 87: "... contratos eletrónicos Inter sistêmicos, formados pela interação entre dois sistemas computacionais, sem interação humana, previamente programados para comunicação entre si, derivados de contratos preexistentes, firmados entre os titulares dos referidos sistemas computacionais".

¹⁰ Cfr. Francisco Carneiro Pacheco Andrade, "A celebração de contratos por EDI – Intercâmbio electrónico de dados", "Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho", Almedina, págs. 297-322. Mas também poderemos ter em mente os chamados "smart contracts", que aliás podem ser utilizados numa relação EDI, mas não só. Cfr. Nick Szabo, "Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets", 1996, in <http://szabo.best.vwh.net/smart.contracts.2.html> (visitado 24/7/2003): "A smart contract is a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these promises".

¹¹ Cfr. Tom Allen / Robin Widdison, "Can Computers Make contracts?", "Harvard Journal of Law and Technology", volume 9, Nr 1, Winter 1996, in <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v09/09HarvJLTech025.pdf>.

encomendas processadas?

Na contratação eletrónica intersistémica automatizada as declarações negociais são emitidas eletronicamente, de forma automatizada. As declarações de vontade são expressamente exteriorizadas pelas máquinas¹² (que não têm personalidade jurídica!), mas tacitamente emitidas pelas partes. As declarações de vontade exteriorizadas pelas máquinas resultam de uma manifestação indireta de vontade que se baseia num comportamento concludente do declarante¹³. O comportamento das partes de manterem ativo o sistema eletrónico de interconexão de dados é concludente quanto à vontade das partes em contratarem por esse meio e em assim se vincularem juridicamente. Mas há que não esquecer que a vontade das partes em se vincularem através de EDI pode ser manifestada através de um contrato prévio à utilização do sistema, o chamado Acordo de Intercâmbio – convenção celebrada entre utilizadores EDI vinculando as partes a aceitarem as transações efetuadas por este meio¹⁴.

Parece que as partes apenas transpõem para o computador as vontades resultantes de negociação prévia, sem que o equipamento interligado em rede tenha interferência na formação dessas vontades.. Mas mesmo esta perspetiva não é isenta de críticas. Desde logo porque o Acordo de Intercâmbio pode ser anterior à programação ou instalação das aplicações informáticas. E, em sistemas avançados de EDI, as variantes introduzidas no sistema podem conduzir a resultados finais muito diferenciados consoante os casos. Na verdade, na relação EDI (na precedida de Acordo de Intercâmbio isto vê-se claramente) o processo formativo dos contratos decompõe-se: a uma declaração inicial de vontade das partes – primeiro e decisivo momento da sua vinculação jurídica - seguem-se, com intervalos de tempo mais ou menos longos múltiplos atos de vinculação jurídica (emissão de propostas e de aceitações) operados unicamente pelas aplicações informáticas. Podemos falar aqui de um contrato principal, expressamente celebrado pelas partes, e de múltiplos contratos derivados, celebrados pelas aplicações informáticas sem intervenção humana¹⁵.

O art. 25º DL 7/2004 – consagra o princípio da liberdade de celebração de contratos por via informática ou eletrónica: “é livre a celebração de contratos por via eletrónica”. A validade e eficácia dos contratos não pode ser prejudicada pela natureza do meio utilizado.

¹² Cfr. Heinrich Ewald Hörster, “A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil”, Livraria Almedina, 1992, pág. 436: “... é necessária uma exteriorização da vontade, uma manifestação da vontade, para que haja uma declaração de vontade... A vontade (ou consciência) de declaração (Erklärungswille ou Erklärungsbewusstsein) existe quando o declarante tem a consciência de que o seu comportamento ou a sua manifestação (art. 217º, nº 1, 1ª e 2ª alternativas) significam uma declaração negocial, num sentido qualquer, ou podem ser entendidos neste sentido... O elemento essencial da vontade de declaração é a consciência de criar uma vinculação jurídica”.

¹³ Cfr. Heinrich Ewald Hörster, op. citada, pág. 434: “A declaração negocial é expressa quando for feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio direto de manifestação da vontade (p. ex., gestos ou sinais). Uma declaração expressa é portanto uma manifestação direta da vontade... A declaração negocial é tácita quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam... Uma declaração tácita é portanto uma manifestação indireta da vontade que se baseia num comportamento concludente do declarante”.

¹⁴ Sobre a contratação por EDI cfr. Lieve Elias e Jacques Gerard, “Formation of Contract by Electronic Data Interchange”, Comissão das Comunidades Europeias, Julho 1991, págs. 4-5 e Francisco Carneiro Pacheco Andrade, “A celebração de contratos por EDI – Intercâmbio electrónico de dados”, referido.

¹⁵ Cfr. Francisco Carneiro Pacheco Andrade, “A celebração de contratos por EDI – Intercâmbio electrónico de dados”, referido.

Na verdade, este artigo não faz mais do que reafirmar aquilo que já resultava claramente do Código Civil (princípios da liberdade contratual e princípio da liberdade de forma, dos arts. 405º e 219º do Código Civil “A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial”)¹⁶.

No entanto, esta consagração acaba por refletir a preocupação de transposição da Diretiva 2000/31/CE, que no seu art. 9º/1 impõe que os sistemas jurídicos não só permitam a celebração de contratos por meios eletrónicos como, sobretudo, não criem obstáculos à utilização da contratação eletrónica, não privando os contratos eletrónicos de efeitos legais nem da validade pelo facto de serem celebrados por meios eletrónicos.

Proposta contratual e convite a contratar

O art. 32º nº 1, do DL 7/2004 veio estabelecer para a contratação eletrónica uma distinção entre proposta contratual e convite a contratar:

Proposta contratual – quando contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a aceitação do destinatário, caso contrário, estaremos perante um convite a contratar.

No entanto, ficam algumas dúvidas quanto ao regime estabelecido no DL 7/2004... Por um lado, não era necessário estabelecer, no regime jurídico do comércio eletrónico, uma distinção que já resultava do Código Civil (proposta contratual vs convite a contratar)¹⁷. Por outro lado, apesar de se dizer (art. 32º RJCE) que existe proposta contratual quando esta contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a aceitação do destinatário, no caso da contratação eletrónica interativa o art. 29º, nº 5, dá-nos uma solução no mínimo estranha.

Nos termos deste nº 5 do art. 29º a encomenda torna-se definitiva com a confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de receção, reiterando a ordem emitida. A aceitação, que deveria ser um ato simples – eventualmente revogável por arrependimento - passará a ser um procedimento¹⁸. Pelo que....se eu aceitar uma proposta que está *on-line*, recebendo uma ordem eletrónica de receção da minha aceitação, nem assim se poderá considerar o contrato como concluído. O contrato só estará concluído se e quando eu confirmar a minha aceitação, após envio (recebimento) do aviso de receção reiterando a ordem emitida. Pelo que se coloca a celebração do contrato dependente de uma confirmação por parte do aceitante! Talvez se tenha levado demasiado longe a preocupação de proteção do aceitante (preocupação com os consumidores contratantes em linha ???). Ou pior ainda, será que a celebração do contrato fica dependente de um ato do proponente? (envio de aviso de receção?)

¹⁶ Hugo Lança Silva “A conclusão dos contratos no comércio electrónico”, Verbo Jurídico, Maio 2007, http://www.verbojuridico.net/doutrina/tecnologia/ce_conclusaocontratos.pdf.

¹⁷ Cfr. Paula Costa e Silva “Contratação electrónica” in “Lei do Comércio Electrónica Anotada”, Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra Editora, 2005, págs. 181-189.

¹⁸ É este o entendimento de Paula Costa e Silva in “Contratação electrónica”, referido.

E há que não esquecer é que nem sequer é este o único modo de conclusão contratual ao abrigo do art. 29º do DL 7/2004, já que no nº 2 do mesmo art. 29º se preveem os casos em que há imediata prestação em linha do produto ou serviço (comércio eletrónico direto) - nestes casos, havendo imediata prestação em linha do produto ou serviço, é dispensada a expedição do aviso de receção. Pelo que temos que considerar dois regimes diferentes de conclusão dos contratos eletrónicos - um para a contratação em comércio eletrónico direto e outro para a contratação eletrónica em comércio eletrónico indireto¹⁹.

Parece que terá havido um claro intuito de tutela do consumidor. Mas num caso parece haver algo semelhante ao sistema de duplo clique (tem de haver confirmação da aceitação para haver vinculação), mas noutros casos o consumidor fica automaticamente vinculado no momento em que dá a primeira ordem de aceitação!!! Ou seja, o legislador nacional estabeleceu um duplo sistema de celebração e de determinação do momento de conclusão do contrato! Num caso (comércio eletrónico direto), o contrato considera-se celebrado no momento da aceitação! Mas no outro (comércio eletrónico indireto) temos um procedimento de acordo com o modelo: aceitação, ordem de receção, confirmação da aceitação.

Parece ter havido, por parte do legislador português, excesso de zelo na transposição da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento e do Conselho - o art. 11º da Diretiva apenas exige que sejam aplicados os seguintes princípios (pelo menos nas relações B2C):

O prestador de serviços tem de acusar a receção da encomenda do destinatário do serviço, sem atraso injustificado e por meios eletrónicos;

A encomenda e o aviso de receção consideram-se recebidos quando as partes a que são endereçadas têm possibilidade de aceder a estes.

No entanto, é verdade que o art. 11º da Diretiva não esclarece devidamente qual a natureza jurídica deste aviso de receção e sobre a sua relevância na formação do contrato eletrónico. E no direito português tornou-se tudo menos claro se o envio do aviso de receção constitui uma obrigação contratual (accessória) do prestador de serviços ou se é uma formalidade (obrigatória) incluída no processo de formação do contrato²⁰. O nº 5 do art. 29º do RJCE aponta inequivocamente neste segundo sentido. No entanto, este entendimento poderia contender com o disposto no nº 1 do art. 32º “A oferta de produtos ou serviços em linha representa uma proposta contratual quando contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário...”

¹⁹ No caso do comércio eletrónico direto, segue-se o regime normal já previsto no artigo 224º do Código Civil (“A declaração negocial que tem um destinatário torna-se eficaz logo que chega ao seu poder ou é dele conhecida: as outras logo que a vontade do declarante se manifesta na forma adequada”, cfr. Hugo Lança Silva, citado).

²⁰ Susana Larisma, Contratação Electrónica, in AA.VV.: “O Comércio electrónico em Portugal. O quadro legal e o negócio”, ANACOM, 2004, pp. 157 e segs., sustenta que o aviso de receção não tem significado para a determinação do momento da conclusão do contrato. Posição contrária tem Paula Costa e Silva em “Contratação electrónica” in “Lei do Comércio Electrónica Anotada”, Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra Editora, 2005, págs. 181-189.

Claro que se pode argumentar com a própria natureza jurídica do aviso de receção, apresentando-o como uma obrigação legal que resulta da celebração do contrato (caso em que o aviso de receção é um dever contratual: supõe o contrato já celebrado). Mas fica a dúvida...²¹

É de notar que, por exemplo, a Ley espanhola (Ley 34/2002 de 11 de julho) expressamente inclui a obrigação de envio de aviso de receção no conjunto de obrigações (previstas no art. 28º da lei espanhola) para o momento posterior à celebração do contrato. O que a lei portuguesa não faz de todo... Antes pelo contrário, estabelece um regime diferente para o comércio eletrónico direto e para o comércio eletrónico indireto.

Qual a natureza jurídica da confirmação do destinatário, prevista pelo nº 5?

Numa interpretação literal do nº 5 do art. 29º o contrato só se forma com a confirmação pelo destinatário, o que invalida parcialmente o disposto no art. 32º. Que, no entanto, continua a ser válido para os casos de comércio eletrónico direto.

Duas hipóteses se haverão de colocar, no caso de comércio eletrónico indireto:

- 1) O contrato só se forma com a confirmação da aceitação (após recebimento do aviso de receção) – aviso de receção como elemento essencial do procedimento de celebração contratual.
- 2) A confirmação da aceitação é já posterior à celebração do contrato (o destinatário confirma a celebração do contrato, revelando a pretensão de que este produza os seus efeitos naquele momento . Mas, se assim fosse, os efeitos do contrato (concluído com a aceitação) ficariam em suspenso até à confirmação ? A confirmação pelo aceitante funcionaria como uma condição de eficácia da aceitação (já anteriormente válida, mas não eficaz?).

Há autores²² que entendem que, neste caso, a aceitação opera em dois momentos distintos (nota de encomenda e aceitação) assim se operando uma aceitação em sistema de duplo clique. O que implica que, para além de não bastar a simples aceitação do destinatário para a formação do contrato, no caso de o prestador de serviços não enviar o aviso de receção, o prestador de serviços impossibilita a confirmação (que tem que ser dada na sequência do aviso de receção)....

E pior ainda...se o prestador de serviços, no intervalo que medeia entre o envio do aviso de receção e a confirmação da aceitação...retirar a proposta ao público.....já de nada adiantará ao aceitante o envio da confirmaçãopelo menos, relativamente à questão da formação do

²¹ Manuel Pita, em “Notas sobre o regime da contratação electrónica, Internet, Direito e Tribunais”, Sub-Júdice 2006, Abr-Jun, págs. 57 e segs. sustenta que “a confirmação configura-se como um requisito de eficácia em sentido estrito, requisito exterior aos elementos internos do contrato, um acontecimento futuro e incerto ao qual a lei subordina a produção dos efeitos”, pelo que considera o Autor que “na contratação on-line, a perfeição do contrato só pode ter lugar depois da confirmação da encomenda pelo destinatário da oferta em linha”.

²² Cfr. Paula Costa e Silva, referido.

contrato, (quanto às questões de responsabilidade, haveria então lugar a responsabilidade précontratual e já não a responsabilidade contratual...).

Também será interessante considerar a possibilidade de o prestador de serviços enviar ao destinatário o aviso de receção, introduzindo alterações quanto a uma ou várias cláusulas contratuais, que tinham sido objeto da proposta contratual original....

Se prevalecer a visão da Prof. Paula Costa e Silva, parece que o envio de um aviso de receção que introduz alterações nas cláusulas contratuais, não estando o contrato ainda formado, deve ser entendido como contraproposta por parte do prestador de serviços. A essa contraproposta deverá seguir-se nova aceitação, novo envio de aviso de receção e só depois o envio da confirmação pelo destinatário.

Se prevalecer a visão da formação do contrato com a aceitação e da suspensão da eficácia dos efeitos do contrato até à confirmação, então, após a formação do contrato, os seus termos não podem ser posterior e unilateralmente alterados por qualquer das partes. Mas a eficácia do contrato fica em suspenso.

Pelo que, de todo o modo, a confirmação do destinatário aceitante é essencial para determinar o momento da produção dos efeitos do contrato. Enquanto essa confirmação não ocorrer... o prestador de serviços não está obrigado a entregar a coisa ou a prestar o serviço e o destinatário aceitante não está obrigado a efetuar a contraprestação.

É de notar, no entanto, que esta questão sobre o modo e o momento e lugar de formação do contrato eletronicamente formado, nos termos do art. 29º do RJCE se aplica unicamente à contratação eletrónica interativa já que o art. 30º expressamente prevê que os artigos 27º a 29º “não são aplicáveis aos contratos celebrados exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente”²³.

É que o art. 30º do RJCE refere expressamente as situações de contratação eletrónica interpessoal chamando-lhes “contratos celebrados por meio de comunicação individual” e excluindo estas situações do âmbito de aplicação dos arts. 27º a 29º do RJCE. Diga-se que há aqui uma transposição literal dos arts. 10º, nº 4 e 11º, nº 3, da Diretiva que também referem “contratos celebrados exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente...”,

Verifica-se aqui uma evidente incorreção técnica e imprecisão da Diretiva e, por arrasto, do diploma português ao referir “Correio eletrónico ou outro meio de comunicação equivalente”. É que o correio eletrónico não é equivalente ao *chat* ou conversa eletrónica (lembramos a distinção referida sobre o *modus operandi* de um e outros). Qual o regime que se aplica então

²³ Neste ponto temos que concordar com Hugo Lança Silva, citado, quando refere que “não pode deixar de causar perplexidade a não sujeição” ao dever / direito “de informação, imperativo nos contratos com os consumidores, estatuído no art. 28º. E diríamos mais: fica-nos a dúvida se não terá havido erro no momento da publicação do diploma ou se o legislador não quererá dizer “os artigos 27º e 29º” em vez de “os artigos 27º a 29º”. Pensámos que esta possível formulação seria mais coerente com o disposto no nosso ordenamento jurídico a respeito da proteção do consumidor.

aos contratos celebrados por conversa eletrónica?

Apesar de manifestamente a conversa eletrónica e o *chat* não serem meios de comunicação equivalentes ao correio eletrónico, parece claro (porque a solução contrária seria absurda) que todos os contratos resultantes de contratação interpessoal deverão ser contemplados na aplicação deste art. 30º RJCE²⁴.

A obrigação de envio de aviso de receção (prevista no art. 29º para a contratação eletrónica interativa) não existe nos casos em que o contrato é celebrado exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente. Mas essa obrigação (de envio de aviso de receção) já deverá ser cumprida nos casos em que a proposta é feita em sítio na rede, mas a aceitação do destinatário é emitida por correio eletrónico....

Finalmente, o art. 33º do RJCE português introduz a questão da contratação sem intervenção humana. Trata-se de uma inovação relativamente à diretiva, já que o diploma comunitário não aborda esta questão. Mas fica a dúvida se o legislador português se limita (ou não) a introduzir a possibilidade da contratação eletrónica intersistémica automatizada, esquecendo a contratação eletrónica intersistémica inteligente!

O legislador português parte do pressuposto de que a programação dos computadores é feita por seres humanos, pelo que as declarações emitidas pelos computadores poderão sempre ser imputadas aos seres humanos. O que poderá não acontecer). Mas ainda considerando apenas a contratação automatizada, poderemos ter que considerar a relação existente entre o detentor do sistema e o programador, que pode ser externo à entidade que detém ou utiliza o sistema.

O legislador refere que a estes contratos se aplica o regime comum, “salvo quando este pressupuser uma atuação”, que entendemos dever ser uma atuação humana!!! Mas poderemos ter que distinguir entre situações em que se exige um comportamento humano no processo formativo do contrato e situações em que o comportamento humano não é exigido, podendo ser substituído pela intervenção de uma máquina.

Na contratação eletrónica intersistémica automatizada o comportamento humano no processo formativo do contrato principal existe, mas tal já não acontece no processo formativo dos contratos derivados. No entanto, parece-nos que não haverá dificuldade em entender-se que apenas o contrato principal necessitará de uma intervenção humana.

O legislador português no nº 2 do art. 33º considera a aplicabilidade de disposições sobre o erro aos casos de contratação sem intervenção humana. São aplicáveis as disposições sobre o erro na formação da vontade, se houver erro de programação, e ainda sobre o erro na declaração, se houver defeito de funcionamento da máquina e sobre o erro na transmissão, se a mensagem chegar deformada ao seu destino.

²⁴ No entanto, atenção à palavra “exclusivamente” constante do art. 30º.

É evidente que nos casos de contratação eletrónica intersistémica inteligente poderemos ter que considerar os estados intencionais dos agentes de *software*²⁵, podendo até mesmo haver lugar à consideração da vontade do *software* e das divergências entre vontade e declaração (do *software*) e até vícios da vontade do *software*²⁶.

Referências bibliográficas

Erica Brandini Barbagalo, “Contratos Eletrônicos”, Editora Saraiva, 2001

Francisco Carneiro Pacheco Andrade, “A questão do consentimento na contratação eletrónica intersistémica inteligente”, in *Scientia Iuridica*, Outubro-Dezembro 2005, Tomo LIV – nº 304, págs. 675-695

Francisco Carneiro Pacheco Andrade, “A celebração de contratos por EDI – Intercâmbio Electrónico de Dados”, in *Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho* págs. 297-322

Paula Costa e Silva “Contratação eletrónica”, in “Lei do Comércio Electrónica Anotada”, Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra Editora, 2005, págs. 181-189

“Lei do Comércio Electrónica Anotada”, Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra Editora, 2005, págs. 93-133

David Oliveira Festas, “A contratação eletrónica automatizada”, in “Direito da Sociedade da Informação”, vol. VI, Coimbra Editora, 2006

Hugo Lança Silva “A conclusão dos contratos no comércio electrónico”, *Verbo Jurídico*, Maio 2007, disponível em http://www.verbojuridico.net/doutrina/tecnologia/ce_conclusaocontratos.pdf

²⁵ Cfr. Giovanni Sartor “Cognitive automata and the law: electronic contracting and the intentionality of software agents”, in *Artificial Intelligence and Law*, Springer, 2009.

²⁶ “Assim, a declaração de vontade feita por computador ou por meios de comunicação eletrónica vale como tal. E naturalmente, terão aplicação as regras referentes ao erro e ao dolo”, António Menezes Cordeiro, “Tratado de Direito Civil Português”, Parte Geral, Tomo I, 3ª edição, Almedina, 2005.

Vídeo da apresentação

The image is a screenshot of a video player. At the top left, the text reads "CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS" in a bold, sans-serif font. Below this, in smaller text, is "Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt". A dark banner across the top contains the text "Temas de Direito Civil e Processual Civil" on the left, "Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, Professor da Escola de Direito da Universidade do Min..." in the center, and "Centro de Estudos Judiciários - Auditório 08.01.2016 11:15" on the right. The main video frame shows a man with glasses and a beard, wearing a dark suit and tie, sitting at a table covered with a red cloth. He is holding a water bottle. In front of him are two nameplates: one for "CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS" and another for "Francisco Carneiro Pacheco de Andrade". A laptop is visible to his right. The video player interface at the bottom shows a progress bar at 00:00:06, a total duration of 00:41:08, and various control icons. At the bottom left are the logos for "FCT" (Fundação para a Ciência e a Tecnologia) and "FCCN" (Centro de Estudos Judiciários). The website "www.fccn.pt" is displayed at the bottom right.

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1k96igqz4g/flash.html>

3.

A compra e venda defeituosa: o confronto na aplicação do Código Civil e outros diplomas

José Eusébio Almeida



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A compra e venda defeituosa: O confronto na aplicação do Código Civil e outros diplomas¹

José Eusébio de Almeida*

Sumário indicativo.

Introdução.

1. O Contrato de compra e venda: caracterização geral
2. A Venda de coisas defeituosas no Código Civil e (não reclamadas) no Código Comercial e desconforme (ou não conformes) nas Venda internacional de mercadorias e no Direito do Consumo.
3. Conclusão
4. Algumas decisões da Jurisprudência

Sumário indicativo:

A compra e venda e os seus regimes no Direito Civil, no Direito Comercial e no regime (especial) da compra e venda de bens de consumo, previsto no DL. 67/2003, alterado pelo DL. 84/2008.

A compra e venda mercantil. O sentido e alcance do artigo 471º do Código Comercial. A desconformidade na venda internacional de mercadorias.

A venda defeituosa no Código Civil e a venda desconforme nas relações de consumo. A diversidade de regimes e o conceito de Consumidor como critério determinante da aplicação, ou não, desses regimes.

Introdução

O Direito infiltra-se persistentemente nas nossas vidas, seja como condição de liberdade seja como imposição de responsabilidade (ou responsabilização), duas faces conjugadas da nossa inserção social.

Como bem dizia Baptista Machado², observamos todos os dias muitas normas jurídicas (ao conduzir um veículo, ao respeitar a propriedade alheia, ao comprar um objeto...), mas – acrescenta de imediato o autor – “é sobretudo quando a vida jurídica apresenta aspetos patológicos – violação de normas jurídicas, litígios entre particulares ou entre estes e as

¹ O presente texto corresponde, com algum acrescento que a forma escrita justifica, ao que seria a apresentação do Tema na Ação de Formação levada a cabo pelo Centro de Estudos Judiciários no pretérito dia 22 de janeiro de 2016. O autor, por razões inesperadas e inultrapassáveis, não pôde apresentá-lo, naquela ocasião e como muito pretendia. Lamentando o facto, espera que o texto que ora torna público sirva para atenuar a sua involuntária omissão. Pela compreensão do sucedido – e antes deste, pelo honroso convite – deseja agradecer publicamente ao Centro de Estudos Judiciários, fazendo-o concretamente nas pessoas do Senhor Desembargador Edgar Lopes, da Senhora Juíza Laurinda Gemas e, em especial, desde logo pelo convite, da Senhora Juíza Gabriela Cunha Rodrigues.

* Juiz Desembargador do Tribunal da Relação do Porto

² Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, 12.ª Reimpressão, Almedina, 2000, pág. 11.

autoridades públicas – que tomamos mais aguda consciência da realidade jurídica e pensamos então em coisas tais como os códigos e as leis (...) É normal: em regra só tomamos perfeita consciência do valor da saúde quando estamos doentes.”

A compra e venda é uma realidade jurídica com que todos os dias nos deparamos e convivemos, participando insistentemente na sua formulação e execução, mesmo quando de tal, por força do hábito, sequer nos apercebemos ou não lhe damos importância. No entanto, surgida qualquer patologia, relembramos o Direito e pedimos-lhe solução, seja como vendedores, raramente, seja como compradores, amiúde, seja como juízes ou juristas.

A venda de coisas defeituosas ou não conformes ao contrato pode ser uma dessas patologias, se usarmos a expressão em sentido amplo e conforme à citação que antes fizemos.

Importa, por isso, lembrar o Direito, tentando caracterizar, ainda que com as limitações de um texto desta natureza, o contrato de compra e venda (o civil, propriamente dito; o mercantil e o que se consubstancia numa relação de consumo) e um dos seus defeitos (defeitos da coisa, que imperfeioam o negócio), procurando alcançar o melhor caminho de reparar o vício, ou seja, indagando pelo Regime que, na multiplicidade tipológica (ou subtípologica, melhor dito) responda adequadamente às vicissitudes própria do problema concreto.

É o que tentaremos fazer, seguidamente.

1. O Contrato de compra e venda: caracterização geral

O contrato de compra e venda, previsto e disciplinado nos artigos 874.º a 939.º do Código Civil (CC) é definido como “o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa³, ou outro direito⁴, mediante um preço”⁵ (874.º).

³ Sobre a noção jurídica de coisa, Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Volume I – Sujeitos e Objeto*, Almedina, Coimbra, 1987, págs. 199/204.

⁴ De outro direito real, mas igualmente de direitos que não podem ser considerados direitos reais, como é o caso dos direitos de propriedade industrial, dos direitos de autor, dos que versam sobre valores mobiliários, dos direitos de crédito (cf., quanto a estes, os artigos 577.º e 578.º do CC) e direitos potestativos ou “situações jurídicas complexas” ou universalidades de direito (cf. artigo 1112.º, n.º 1 do CC, a propósito do trespasse do estabelecimento e o artigo 2124.º do mesmo diploma, a propósito da alienação da herança ou do quinhão hereditário). No fundo, ainda que o CC refira como “exemplo paradigmático de transmissão do direito a transferência da propriedade, a compra e venda não se restringe” a tais casos – Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações, Volume III, 10.ª edição*, Almedina, 2015, págs. 12/13 e nota 4 (a pág. 13).

⁵ A noção legal de compra e venda tem como fonte o artigo 1470.º do Código Civil Italiano e o artigo 1544.º do Código de Seabra [“O contrato de compra e venda é aquela em que um dos contraentes se obriga a entregar certa coisa, e o outro se obriga a pagar por ella certo preço em dinheiro”], este último, por seu turno, influenciado pelo artigo 1580.º do Código Civil Francês (Pedro Romano Martinez, *Contratos em Especial, 2.ª edição*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996, pág. 21 e Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado, Volume II, 3.ª edição, Revista e Atualizada*, Coimbra Editora, Limitada, 1986, pág. 165). Além das já citadas referências autorais, acrescentamos, entre muitas outras: Pedro de Albuquerque, *Direito das Obrigações, Contratos em Especial, Volume I, Tomo I*, Reimpressão, Almedina, 2015; Pedro Romano Martinez, *Direito das Obrigações (Parte Especial), Contratos, 2.ª edição* (4.ª reimpressão da edição de maio/2001), Almedina, 2010, págs. 19 e ss. e José Alberto González, *Código Civil Anotado, Volume III (Contratos em Especial), Quid Juris*, 2014, págs. 9 e ss.

O contrato de compra e venda é um modo de transferência do direito de propriedade ou outro direito real (transferência que no Direito português segue o “sistema do título”⁶) e tem antecedentes longínquos⁷.

É o contrato paradigmático no que respeita à transferência de bens⁸, o seu regime é “arquetipo”⁹, tal como a própria lei, no artigo 939.º do CC, estabelece.

Numa referência que não pode deixar de ser feita apenas em traços gerais, o contrato de compra e venda caracteriza-se por ser:

- a) Um contrato típico ou nominado, reconhecido como categoria jurídica específica¹⁰;

⁶ Numa análise aos ordenamentos jurídicos, podemos verificar que a transferência de propriedade ocorre de modos diversos: em alguns casos através do “sistema do título e do modo”; noutros através do “sistema do título” e, ainda noutros, através do “sistema do modo”. O primeiro daqueles é um sistema de transmissão causal: o negócio e o ato de transferência são separados e distintos, mas há “uma compaginação” entre o ato e o negócio base; no “sistema do título” a aquisição da propriedade ocorre unicamente com (através do) negócio causal e, por fim, no “sistema do modo” a transmissão “é um ato diverso e independente do negócio causal” (Pedro de Albuquerque, ob. cit., pág. 7).

⁷ Sobre a evolução histórica do contrato de compra e venda, Pedro Albuquerque, ob. cit., págs. 13/42 e (já apreciando essa evolução no Direito português) págs. 42/64. Sobre o contrato de compra e venda no Direito romano, A Santos Justo, *Direito Privado Romano II (Direito das Obrigações)*, 4.ª edição/reimpressão, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2014, págs. 49/63 e António A. Vieira Cunha, “Compra e venda e Transferência de Propriedade no Direito Romano Clássico e Justinianeu (A raiz do “Sistema do Título e do Modo””, in *Boletim da Faculdade de Direito – Volume Comemorativo*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003, págs. 69/112.

⁸ Tal como a empreitada o é no que respeita à prestação de serviços. Entre os dois, aliás, pode haver problemas de delimitação e “há um aspeto em que a destriça” é relevante. “Na compra e venda, não obstante terem sido estabelecidas algumas regras específicas, faz-se remissão, consoante os casos, para o instituto do erro (arts. 905.º e 913.º) ou para as normas gerais do não cumprimento (art. 918.º); ao passo que, na empreitada, foi estabelecido um regime próprio para o cumprimento defeituoso (arts. 1218.º e ss.) Já com uma justificação relacionada com a execução do contrato, cabe aludir à transferência da propriedade e do risco, podendo este encontra-se relacionado com a impossibilidade de cumprimento. Por último, encontram-se algumas diferenças no que respeita ao regime da cessação (...) Os contratos apresentam-se com uma finalidade distinta, pois o empreiteiro está adstrito a uma prestação de facto (*de facere*), enquanto sobre o vendedor impende uma prestação de coisa (*de dare*). Por outro lado, a compra e venda é um contrato real *quoad effectum*, porque os efeitos reais, translativos da propriedade (ou de outro direito real), se produzem por mero efeito do contrato (art. 408.º), ao passo que a empreitada constitui um negócio consensual do qual emergem efeitos obrigacionais. Mesmo quando o cumprimento do contrato de empreitada acarrete a transferência da propriedade sobre uma coisa, esta transferência segue regras diferentes das da compra e venda (arts. 1212.º e 408.º). Por último, há que ter em conta que na compra e venda – em especial de coisa futura-, a iniciativa e o plano do objeto a executar cabem ao que constrói ou fabrica a coisa, enquanto o empreiteiro realiza uma obra que lhe é encomendada, devendo executá-la segundo as diretrizes e fiscalização daquele que lhe encarregou” (Pedro Romano Martinez, “*Compra e Venda e Empreitada*”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Volume III – Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, 2007, págs. 235 e ss., a págs. 236/238).

⁹ José Alberto González, ob. cit., pág. 9.

¹⁰ “A qualificação do contrato é um juízo predicativo. O contrato é qualificado através do reconhecimento nele de uma qualidade que é a qualidade de corresponder a este ou àquele tipo, a este ao àquele modelo típico. A qualificação legal traz consigo, assim, sempre um processo de relação entre a regulação contratual subjetiva estipulada e o ordenamento legal objetivo onde o catálogo dos tipos contratuais legais se contém. Este relacionamento traduz-se num movimento espiral e hermenêutico, assente numa pré-compreensão que se traduz em pré-qualificações experimentais precárias feitas com apoio na cultura jurídica e na “experiência do mundo” de quem qualifica. A qualificação do contrato pressupõe que se tenha, como ponto de partida, uma ideia suficientemente clara, embora ainda não definitiva, sobre o conteúdo e sentido do contrato a qualificar. Esta ideia é fornecida pela interpretação e traz consigo já uma pré-compreensão,

- b) Um negócio habitualmente não formal e um contrato consensual (em contraposição ao contrato real *quoad constitutionem*)¹¹;
- c) Translativo, como decorre do seu efeito real;
- d) Um contrato oneroso (o que tem importância, nomeadamente, para efeitos de aplicação dos artigos 237.º e 612.º do CC), uma vez que existe uma contrapartida pecuniária relativamente à transmissão dos bens;
- e) Bilateral ou sinalagmático, com relevo nas previsões dos artigos 428.º (exceção do não cumprimento) 795.º, n.º 1 (caducidade por impossibilidade de uma das prestações) e 801.º, n.º 2 – com a exceção constante do 886º – (resolução por incumprimento), todos do Código Civil;
- f) É um contrato normalmente comutativo, ainda que possa ser aleatório (cf. artigos 880.º, n.º 2; 881.º e 2124.º e ss. do CC);
- g) É de execução instantânea, pois tanto a obrigação de entrega como a de pagamento do preço não se delimitam em função do tempo; os seus efeitos esgotam-se num só momento e mesmo “na venda em que o preço é dividido e escalonado no tempo, só se considera o pagamento realizado no final, e, portanto, sendo ele pago em prestações a obrigação do devedor só está cumprida depois de realizadas todas e cada uma delas”;¹² e
- h) Por último, o contrato de compra e venda é causal e assenta no sistema do título¹³.

Sobre as **Vendas Proibidas**, o Código Civil prevê a “venda de coisa ou direito litigioso” (876.º e 579º e ss.) e a “venda a filhos ou netos” (877.º, n.º 1). No mesmo diploma legal, há que atender à “compra de bens do incapaz pelos seus pais, tutor, curador, administrador legal de bens ou protutor que exerça as funções de tutor” (1892.º) e a “venda entre cônjuges” (1714.º, n.º 4).

uma antecipação de sentido na expectativa de um resultado (...) Há que distinguir as definições de tipos contratuais das demais definições legais. Os contratos são factos jurídicos de feição muito particular. Os direitos e os deveres e os “efeitos” contratuais típicos constantes das definições legais como elementos essenciais não resultam da norma definitória, mas do conteúdo da estipulação contratual concreta. Quer isto dizer, tomando como exemplo a “noção” de compra e venda constante do artigo 874.º do Código Civil, que não é por efeito dos artigos 874.º e 879.º do Código que a coisa se transmite e que são devidos o preço e a entrega, mas porque se estipulou entre as partes a transmissão e entrega da coisa mediante o pagamento do preço que o contrato é uma compra e venda (Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, Almedina, 1995, págs. 164/165 e 174).

¹¹ Porque o contrato surge (ou é perfeito) com o encontro de vontade das partes, “antes da entrega da coisa (Pedro de Albuquerque, Ob. cit., pag. 76). Prossegue este autor, no mesmo loc. cit.: “Discute-se, contudo, se por força do princípio da autonomia privada as partes podem estabelecer a compra e venda como contrato real *quoad constitutionem*. Não vislumbramos razões para entender que não (imprescindível é que o contrato não surja antes como meramente obrigacional. O carácter real *quoad constitutionem* e *quoad effectum* deverão nessa eventualidade coincidir). Cf., no entanto, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, ob. cit., págs. 14.

¹² Pedro de Albuquerque, ob. cit., pág. 77.

¹³ Cf., supra, nota 6.

Além destas previsões, importa ter presente diversas proibições constantes de diplomas avulsos, seja referentes a determinados produtos (bens, medicamentos...) ou evitando situações de **discriminação** (portadores de HIV, procriação medicamente assistida...).

Os **efeitos essenciais** da compra e venda estão previstos nas alíneas a) a c) do artigo 879º.

São eles, respetivamente:

- I – A transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito;
- II – A obrigação de entregar a coisa e
- III – A obrigação de pagar o preço.

Se percorrermos os diversos diplomas legais que aqui importam (o Código Civil, o Código Comercial e outros diplomas avulsos), as diversas **modalidades de venda** são as seguintes:

1– Venda de bens futuros, de frutos pendentes e de partes componentes ou integrantes de uma coisa (artigo 880.º do CC)¹⁴;

2– Venda de bens de existência ou titularidade incerta (881.º do CC). Cf. artigo 467.º, n.º 1 do CCom. Distingue-se da venda de bens futuros e da venda de bens alheios. Porque a incerteza está presente na ocasião da celebração do negócio e porque não é na qualidade de proprietário da coisa que o vendedor o celebra.

3– Venda com reserva de propriedade (409.º do CC)¹⁵;

¹⁴ Cf. artigo 467.º do CCom (referido infra), no seu n.º 1: “A compra e venda de coisas incertas ou de esperanças, salvo o disposto nos artigos 876.º, 881.º, 2008.º e 2028.º do Código Civil”; Luís Teles de Menezes Leitão, ob. cit., págs. 43/47 e Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., págs. 174/176. Esclarece o primeiro autor que a “venda de bens futuros ocorre sempre que o vendedor aliena bens que não existem ao tempo da declaração negocial” ou então “que não estão em seu poder” ou ainda “a que ele não tem direito”, dando os exemplos, respetivamente, da venda de uma fração autónoma de um edifício ainda por construir; da venda dos peixes que nesse dia vier a pescar e do agricultor que vende os cereais que lhe venham a ser fornecidos por um outro agricultor. Sobre o conceito amplo de coisas futuras, abrangendo as coisas não autónomas de outras coisas (mas que delas irão ser separadas), cf. ob. e loc. cit., págs. 44/45, nota 81 e, como aí referido, Inocêncio Galvão Teles, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, Revista e Atualizada, Coimbra Editora, 1997, págs. 41/42, nota 2. Luís Teles de Menezes Leitão (*Direito das Obrigações, Volume I, 11.ª edição*, Almedina, 2014, pág. 117) esclarece que os bens futuros são “aqueles que, não tendo existência, não possuindo autonomia própria ou não se encontrando na disponibilidade do sujeito, são objeto de negócio jurídico na perspectiva da aquisição futura destas características.”

¹⁵ Sobre a Venda com reserva de propriedade, Luís Teles de Menezes Leitão, ob. cit., págs. 48/61 e Luís A. Carvalho Fernandes, “Notas breves sobre a cláusula de reserva de propriedade”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume II, Almedina, 2011, págs. 321 e ss. No momento atual discute-se, pressupondo um certo entendimento da venda com reserva de propriedade, se o financiador pode ser titular dessa reserva (cf. Luís Teles de Menezes Leitão, ob. cit., págs. 50/51, nota 107). A doutrina e a jurisprudência mostram-se divididas, ainda que nos pareça, se bem lemos, que o entendimento maioritário, de uma e de outra, é no sentido de negar essa possibilidade ao financiador. No sentido favorável podemos referir, entre outros, Maria Isabel Helbling Menéres Campos, *A Reserva de Propriedade: Do Vendedor ao Financiador*, Coimbra Editora/Cejur, 2013 e o Ac. do STJ de 30. 09.2014, relatado pela Conselheira Maria Clara Sottomayor (Sumário: 1. A reserva de propriedade é uma figura atípica, de natureza mista, com elementos

obrigacionais e reais, a qual, apesar da designação de “propriedade”, não confere ao titular o poder de uso, fruição ou disposição de um verdadeiro proprietário, visando antes assegurar ao vendedor o pagamento do preço. 2. É válida a transferência da propriedade reservada do vendedor para o terceiro mutuante, como garantia do crédito concedido por este ao comprador. 3. A cláusula A das condições gerais do contrato de financiamento, significa, no contexto em que foi proferida, de acordo com os critérios do art. 236.º, n.º 1 do CC, uma declaração expressa, no documento de empréstimo, de que a coisa se destina ao cumprimento da obrigação e de que o mutuante fica sub-rogado, pelo devedor, nos direitos do credor (art. 591.º, n.ºs 1 e 2 do CC). 4. O Código Civil, ao remeter, no art. 9.º, n.º1, para as “condições específicas do tempo em que a norma é aplicada” aderiu ao atualismo, considerando que é legítimo ao intérprete ter em conta a evolução socioeconómica verificada entre o momento da elaboração da norma e o momento da sua aplicação, transpondo para o condicionalismo atual o juízo de valor feito pelo legislador na norma a interpretar e ajustando o significado da norma à evolução entretanto sofrida). No sentido de não ser admissível a reserva de propriedade a favor do financiador, também entre outros, Fernando de Gravato Morais (União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo, Almedina, 2004, págs. 307/308, nota 572; Paulo Ramos de Faria, “A reserva de propriedade constituída a favor de terceiro financiador”, in *Revista Julgar* n.º 16, Coimbra Editora, 2012, págs. 13 e ss. e os Ac. do STJ de 12.07.2011, relatado pelo Conselheiro Garcia Calejo (Sumário: (...)) IV - A disposição constante do art. 409.º, n.º 1, do CC, apenas permite ao alienante reservar para si a propriedade da coisa e já não ao (eventual) financiador do negócio, o qual, ao conceder ao comprador os meios económicos para realizar o negócio, não intervém no contrato de alienação. V - Suspendendo, a cláusula em questão, somente os efeitos translativos inerentes a um contrato de alienação, só nesse tipo de contrato pode ser estipulada, não sendo válida a cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador/mutuante constante do contrato de mútuo, porque legalmente inadmissível, face ao disposto no art. 409.º, n.º 1, do CC. VI - Sendo nula tal cláusula, nos termos do art. 294.º do CC, é evidente que não pode produzir o efeito da transferência de propriedade do bem da vendedora para o financiador. VII - A expressão “outro evento”, constante do art. 409.º, n.º 1, do CC, diz respeito ao próprio contrato de alienação e não a qualquer outro, mesmo que relacionado com ele. VIII - O art. 6.º, n.º 3, al. f), do DL n.º 359/91, de 21-09 (diploma que estabelece o regime jurídico do crédito ao consumo) nada modifica os contornos da questão, pois o facto de no contrato de crédito para financiamento da aquisição de bens ou serviços dever constar “o acordo sobre a reserva de propriedade”, refere-se, de harmonia com o determinado no art. 409.º, n.º 1, do CC, ao alienante e não ao financiador/mutuante. IX - Só quando o vendedor do bem em prestações é simultaneamente o financiador da sua aquisição, é que faz sentido e se justifica que no respectivo contrato de crédito se inclua e mencione a cláusula de reserva de propriedade, se acordada pelos contratantes. X - A disposição inserta no art. 6.º, n.º 3, al. f), do DL n.º 359/91, reporta-se somente a situações em que o vendedor/proprietário mantém essa qualidade, por efeito da reserva, ao mesmo tempo que financia a aquisição através de alguma das formas previstas no art. 2.º do diploma (diferimento do pagamento, mútuo, utilização de cartões de crédito ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante). XI - Do art. 589.º do CC resulta que a sub-rogação pressupõe o pagamento ao credor por terceiro, dependendo de que aquele expressamente manifeste ao terceiro a vontade no sentido da sub-rogação, que constitui uma forma de transmissão de créditos que coloca o sub-rogado na titularidade do mesmo direito de crédito que pertencia ao primitivo credor (art. 593.º, n.º 1, do CC). XII - A sub-rogação a favor do mutuante, prevista no art. 591.º do CC, embora dispense o acordo do credor, exige a declaração expressa, no documento de empréstimo, de sub-rogação feita pelo devedor ao mutuante – cf. n.º 2 daquela disposição legal). Para nós, e como já decidimos na Relação do Porto, a constituição de reserva de propriedade em contratos que não são de alienação, a favor de quem nunca foi dono da coisa sobre a qual incide tal reserva, além de violar diretamente a previsão legal do artigo 409.º, n.º 1, do CC, traduz-se na constituição de uma situação jurídica real fora das hipóteses legalmente previstas e, nesse sentido, constitui também uma forma de afastar a proibição do pacto comissório (artigo 694.º do Código Civil). Traduz, por isso, um ato contrário a lei imperativa, e a sanção inerente a essa contrariedade é a nulidade. E quanto às razões que fundam da decisão, em sentido contrário, proferida no Ac. do STJ de 30.09.2014, supra citado, das quais discordamos, permitimo-nos acompanhar o voto de vencido dele constante, lavrado pelo Conselheiro Moreira Alves e que, com a devida vénia, aqui transcrevemos: “(...) atento o disposto nos arts. 409.º n.º1 do C.C. e 5.º n.º1 b) do D.L. 54/75, pensamos que só nos contratos de alienação será lícito ao vendedor/proprietário clausular a reserva de propriedade (...) A cláusula, enquanto titulada pela A., afigura-se-nos nula. E não se vê que os citados preceitos possam ser interpretados atualisticamente no sentido da douda decisão maioritária, visto que na letra da lei não existe o mínimo de correspondência verbal, no referido sentido, ainda que imperfeitamente exposto (art. 9.º n.º 2 do C.C.). Portanto, não parece justificado lançar-se mão de mecanismos jurídicos como o da “alienação da propriedade em garantia” ou da “transmissão da propriedade em garantia” consagrados no direito brasileiro ou alemão, para justificar a licitude da reserva da propriedade a favor da financeira (que não seja, simultaneamente a vendedora), uma vez que tais mecanismos não foram adoptados pelo nosso direito

4– Venda de coisas sujeitas a contagem, pesagem e medição (artigos 887.º a 891.º do CC)¹⁶;

5– Venda a contento (artigos 923.º e 924.º do CC): As vendas a contento (vendas porque o próprio Código prevê duas modalidades) encontram-se também previstas nos artigos 470.º e 471.º do CCom.

Na primeira modalidade de venda a contento (artigo 923.º) a lei esclarece que, se a mesma é feita sob reserva de a coisa agradar ao comprador, então vale (apenas) como proposta de venda. Não há exatamente uma venda, mas uma proposta, uma vez que o comprador tem inteira liberdade de a aceitar ou não aceitar. A vinculação ao contrato (ou proposta) só existe do lado do vendedor. Na segunda modalidade de venda a contento, é diferente: o comprador adere ao negócio, mas reserva-se a faculdade de livremente (ainda que possa ser fixado um prazo razoável para o efeito) o resolver, com o consequente dever de restituição da coisa e o direito ao recebimento do preço, se este foi pago.

6– Venda sujeita a prova (artigo 925.º do CC): Enquanto na venda a contento, em qualquer das suas modalidades, é a vontade discricionária do comprador que irá tornar o contrato perfeito ou resolvê-lo, nesta modalidade relevam circunstâncias objetivas, capazes de apreciar a idoneidade ou as qualidades do bem vendido. Acresce-se que, nos termos do artigo 926.º do CC, sempre que haja dúvidas sobre a modalidade destas três vendas (primeira modalidade de venda a contento; segunda modalidade da venda a contento e venda sujeita a prova) presume-se que as partes adoptaram a prevista no artigo 923.º (primeira modalidade de venda a contento).

7– Venda a retro (artigos 927.º a 933.º do CC);

positivo. Assim, por muito atualistas que sejam tais concepções, a sua aplicação, traduzir-se-á na criação de uma nova norma, o que não é função da jurisprudência nem do intérprete. Seja como for, mesmo a admitir-se que na interpretação do artº 409.º do C.C. caberia a constituição de reserva de propriedade para garantir um critério alheio, tal só significaria que o comprador não adquiriria a propriedade da coisa comprada ao vendedor reservatório, enquanto não pagasse o crédito ao terceiro financiador. Mas não significaria a atribuição ao terceiro da propriedade da coisa, que se manteria na esfera jurídica do vendedor. Por outro lado, não se vê como a dita propriedade do veículo pudesse ser adquirida pela A. (financeira) por via da cessão ou sub-rogação. Tais institutos são típicos do direito das obrigações, que não dos direitos reais e, se a dúvida ainda era sustentável face à redação do art. 785.º do Código de 1867, o novo Código eliminou-a com toda a clareza, restringindo intencionalmente o objecto da cessão aos créditos. Notar-se-á, ainda, que a aplicação das regras da cessão de créditos a quaisquer outros direitos, consignada no art. 588.º do C.C., não abrange os direitos reais cuja forma de transmissão e constituição é regulada no Livro das Coisas (arts. 1316.º e seg.). (Confr: A. Varela – Direito das Obrigações em Geral – 2º vol.- 285; Menezes Cordeiro – Direito das Obrigações – 2º vol. – 90, 91, ou Almeida Costa – Direito das Obrigações, 4ª Ed. – 554). Portanto, por via da cessão de créditos ou sub-rogação, transmitem-se direitos de crédito, não se transmitem nem se constituem direitos reais. Como resulta do art. 1316.º do C.C., o direito real de propriedade apenas se adquire por contrato, sucessão por morte, usucapião, ocupação, acessão e demais modos previstos na lei (entre os quais não se conta a cessão de créditos ou a sub-rogação). Ora, não consta dos autos a celebração de qualquer contrato por via do qual a A. (financeira) tenha adquirido à vendedora, a propriedade do veículo em questão, nem consta que tenha adquirido essa propriedade por qualquer outra forma idónea para produzir tal aquisição. Logo, não tendo a A. a qualidade de proprietária do veículo, não podia assumir a titularidade da reserva de propriedade e muito menos reivindicar tal propriedade com a consequente entrega definitiva do veículo”.

¹⁶ Cf. artigo 472.º do CCom. Sobre esta modalidade, Luís Teles de Menezes Leitão, ob. cit., págs. 70/74 e Pedro Romano Martinez, Direito das Obrigações..., cit., págs. 67/75.

8– Venda a prestações (artigo 934.º¹⁷ a 936.º do CC¹⁸)¹⁹;

9– Locação-venda (artigo 936.º, n.º 2, do CC)²⁰;

10– Venda sobre documentos (artigo 937.º do CC)²¹ e Venda de coisas em viagem (artigo 938.º do CC)²².

11– A compra e venda mercantil para pessoa a nomear (art. 465.º do CCom)²³;

12– A compra e venda mercantil de bens futuros, alheios e incertos (artigo 467.º do CCom)²⁴;

¹⁷ “Vendida a coisa a prestações, com reserva de propriedade, e feita a sua entrega ao comprador, a falta de pagamento de um só prestação que não exceda a oitava parte do preço não dá lugar à resolução do contrato nem sequer, haja ou não reserva de propriedade, importa a perda do benefício do prazo relativamente às prestações seguintes, sem embargo de convenção em contrário.”

¹⁸ Não se cuida agora da venda a prestações no âmbito de uma relação de consumo.

¹⁹ Refere Luís Teles de Menezes Leitão (ob. cit., pág. 62) que, sendo a reserva de propriedade uma convenção comum e não uma convenção necessária na venda a prestações, o preceito, como aliás resulta da sua segunda parte, refere-se à venda a prestações, em geral (com ou sem reserva de propriedade). Esclarece, no entanto, a págs. 62 – e nos termos em que o referem também Pires de Lima e Antunes Varela (ob. cit., pág. 233) – que a resolução (previsão da primeira parte do preceito) só teria cabimento nos casos de reserva de propriedade, uma vez que, ao haver transferência da propriedade para o comprador, o artigo 886.º do CC, e salvo convenção em contrário, já impediria a resolução do contrato por falta de pagamento do preço. Saliente-se que há alguma controvérsia na doutrina na questão de saber se o comprador deixa de beneficiar do disposto no artigo 934.º do CC quando estiverem em falta mais que uma prestação, mas que, ainda assim, não excedam um oitavo do preço. Pires de Lima e Antunes Varela (ob. cit., pág. 233) consideram que, faltando mais que uma prestação, qualquer que seja a fração da soma das faltas em relação ao preço é possível a resolução do contrato, uma vez que a falta reiterado do comprador “já não justifica o tratamento especial”; sem embargo, também acrescentam que não estará em causa a resolução, mesmo que a prestação em falta (uma só e não excedente a um oitavo do valor) corresponda à segunda ou terceira vez que o comprador “incorra em semelhante falta”.

²⁰ Apelidando-a de *Venda-locação*, Pedro Romano Martinez, *Direito das Obrigações...* cit., pág. 96/97.

²¹ A especialidade desta compra e venda, com particular relevo no domínio das transações comerciais, reside na circunstância de a entrega da coisa ser substituída pela entrega do seu título representativo.

²² A venda de coisas em viagem insere-se na Secção da Venda sobre documentos. Se a coisa está em viagem, naturalmente que o vendedor a não entrega ao comprador e, por isso, a venda consolida-se com a entrega dos documentos respetivos. A lei prevê que a circunstância de a coisa estar em viagem seja do conhecimento de ambos os contraentes e distingue os casos em que foi entregue ao comprar a apólice de seguro e quais os riscos por esta cobertos.

²³ Um dos intervenientes designa um terceiro para assumir a sua posição. Trata-se de uma figura igualmente prevista no CC (452.º a 454.º) e a sua “autonomia comercial” reside na circunstância de ser apenas aplicável a bens móveis e estar sujeita a registo (62.º, n.º 2, al. e), do CRCCom). A “nomeação mercantil, ao contrário da civil (art. 452.º, n.º 1), tanto pode ser indireta (o outorgante reserva para si o direito de designar um terceiro que assumirá posteriormente a posição de parte contratante) como direta (o outorgante designa logo como parte contratante um “amicus electus” não identificado no momento da celebração do negócio): esta diferença possui naturalmente relevância, mormente para efeitos da posição juscontratual de outorgante e terceiro (cf. art. 455.º, n.º 2 do CCivil) e do preenchimento dos requisitos gerais de comercialidade dos arts. 463.º e 464.º do CCom (vg. na nomeação direta, o intuito de revenda deve ser aferido junto do terceiro designado)” - José A. Engrácia Antunes, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2009, pág. 351.

²⁴ Esta compra e venda pode ter por objeto bens absolutamente futuros (sem existência material aquando da celebração do negócio), relativamente futuros (bens que já existem mas não pertencem ao vendedor) e bens de existência ou de titularidade incerta (por exemplo, venda de mineral que venha a ser extraído de certa mina, venda de lucros de certa empresa, que venham a ser alcançados em determinado exercício). Ao contrário do CC, aqui a venda de bens alheios é válida e, diferentemente do que resulta do artigo 880.º, que consagra uma obrigação de meios, aqui o vendedor está obrigado a convalidar o negócio, com a entrega da coisa ao vendedor, sob pena de incorrer em responsabilidade contratual.

13– A compra e venda mercantil sobre amostra ou por designação de padrão (artigo 469.º do CCom)²⁵;

14 – A compra e venda mercantil a contento (ou de coisas que não estejam à vista nem possam designar-se por um padrão (artigo 470.º do CCom)²⁶ e

15 – A compra e venda mercantil por conta, peso e medida (artigo 472.º do CCom)²⁷ e

16 – A compra e venda mercantil a pronto em feira ou mercado (artigo 475.º do CCom): A compra e venda a contado que tenha lugar em feiras ou mercados tem de ser cumprida nesse dia ou, o mais tardar, no dia seguinte. Assim não acontecendo e se nesse período nenhum dos contraentes tiver exigido o cumprimento, o contrato fica sem efeito e se tiver havido sinal este fica para quem o tenha recebido.²⁸

²⁵ Trata-se de contratos de compra e venda nos quais, aquando da sua celebração, o vendedor se limita a identificar o produto pela exibição de uma “amostra de fazenda” (que aqui não significa necessariamente tecido) ou (identifica) através de “qualidade conhecida no comércio”. Não obstante as semelhantes que ocorrem no seu cotejo com as vendas sujeitas a prova e sobre amostra que a lei civil prevê nos artigos 919.º e 925.º do CC, aqui, o negócio comercial está sujeito à condição suspensiva de conformidade do bem com a amostra ou com a qualidade descrita, não havendo contrato se tal não se verificar, o contrato previsto no CC continua eficaz e aplicam-se-lhe as regras da venda de coisa defeituosa. Por outro lado, o negócio fica perfeito, na venda mercantil, sempre que o comprador não haja reclamado da desconformidade no ato de entrega da coisa (se as examinou, nessa ocasião) ou no prazo de oito dias, se não houve exame, ainda que se defenda que o prazo aludido é um prazo supletivo, ou seja, as partes podem estipular um diverso prazo de reclamação, e começa a contar (não havendo exame da coisa vendida e entregue) a partir da data em que a desconformidade se torna conhecida ou cognoscível (de acordo com o padrão exigível no tráfego comercial) do comprador. Sobre a interpretação do artigo 471.º do CC, cf. infra, no próprio texto. Acrescente-se (José A. Engrácia Antunes, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2009, pág. 353, nota 598) que existem “dois tipos de amostras: a amostra individual (ou “amostra de fazenda”), em que se contrata uma coisa que deve corresponder às características gerais da amostra apresentada, e a amostra-tipo (ou “amostra por qualidade conhecida no comércio”) em que se contrata uma qualidade rigorosamente igual à amostra exibida”.

²⁶ É a venda feita na condição de o bem agradar ao comprador. Aqui (e diversamente da venda sobre amostra) o negócio está subordinado à condição resolutiva (e discricionária) da aprovação do comprador. Embora a figura também esteja prevista no CC (artigos 923.º e 924.º), não ocorre perfeita identidade entre as duas, pois na venda mercantil, se a mesma tiver por objeto coisas não à vista ou não determináveis por qualidade conhecida no comércio, a condição vale automaticamente, por força da lei e não (ou independentemente) por vontade das partes; por outro lado, o direito de resolução seguirá o regime do artigo 471.º do CCom.

²⁷ Trata-se da compra e venda de bens, habitualmente (mas não necessariamente) fungíveis ou genéricos, cuja determinação acontece com a pertinente pesagem, contagem ou medição. Está sujeita às normas do CC (artigos 887.º a 891.º) previstas para figura semelhante e a sua principal particularidade encontra-se na sua sujeição à disciplina das obrigações genéricas (artigos 408.º, n.º 2 e 541.º do CC), correndo o risco por conta do alienante até ao momento da concentração (salvo culpa do adquirente ou tradição do bem – 472.º do CCom). A exceção prevista “no art. 472.º do CCom. equivale à incluída na parte final do art. 541.º CC, onde se alude à mora do credor” (Pedro Romano Martinez, *Direito das Obrigações...* cit. pág. 67).

²⁸ Além destas modalidades, previstas no CCom, outras poderão existir. Trate-se de compras e vendas previstas na lei comum ou em leis especiais, mas que revestem natureza subjetivamente comercial e ainda de casos que correspondem a modalidades atípicas de venda (o contrato de fornecimento: 230.º, n.º 2, parágrafo 2.º do CCom), trate-se do “escambo ou troca comerciais” [O artigo 480.º do CCom “terá de ser interpretado no sentido de ser mercantil a troca feita para revenda da coisa trocada. A troca era definida no artigo 1592.º do Código Civil de Seabra: Escambo ou troca é o contrato, por que se dá uma coisa por outra, ou uma espécie de moeda por outra espécie dela. O artigo 1594.º remetia o regime da troca para o da compra e venda, salvo no tocante ao preço. O contrato de troca será o mais antigo da Humanidade. Não obstante, o Código Civil de 1966 suprimiu-o. Limita-se, no seu artigo 939.º, a remeter os contratos onerosos “...pelos quais se alienem bens ou se estabeleçam encargos sobre eles...” para as normas da compra e venda,

17 – Compra e venda enquanto relação de consumo (que, com maior detalhe, veremos adiante);

18 – Compra e venda eletrónica;

19 – Compra e venda (contratos) celebrados à distância²⁹ e (celebrados) fora do estabelecimento³⁰;

20 – Compra e venda a prestações na relação de consumo.

Como decorre do que se foi dizendo, a compra e venda, enquanto contrato nominado e típico, encontra previsão no Direito Civil (artigos 874.º e ss.), no Direito Comercial (artigos 463.º e ss. do Código Comercial - CCom.) e, enquadrando-se em regime especial, na venda de bens de consumo (ou seja, quando está em causa uma relação de consumo), prevista no Decreto-Lei (DL) 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo DL. 84/2008, de 21 de maio.

Prosseguindo, importa chegar ao tema central do presente texto, dizendo, como introito, que com a venda defeituosa (ou venda de bens defeituosos) não se confundem, pelo menos em sede de Código Civil, as (assim chamadas) “perturbações típicas do contrato de compra e venda”, desde logo: 1 – A venda de bens alheios (que é diferente no Direito comercial) e 2 – A venda de bens onerados (ainda que, precisamente, seja o regime desta última que se aplica, parcialmente e com as necessárias adaptações, à venda de coisas defeituosas).

2. A Venda de coisas defeituosas no Código Civil e (não reclamadas) no Código Comercial e desconforme (ou não conformes) nas Venda internacional de mercadorias e no Direito do Consumo

2.1. No Código Civil

Nos termos do artigo 913.º do CC, quando a coisa vendida sofre de vício – Que a desvalorize; - Que impeça a realização do fim a que é destinada; Ou não tiver as qualidades asseguradas pelo vendedor; Ou necessárias para a realização do fim a que se destinam... deve observar-se, com as devidas adaptações, o que (se) dispõe para a venda de bens onerados (artigos 905.º e ss.), com as ressalvas previstas nos artigos 914.º a 922.º.

na medida do possível. Trata-se de um princípio que, para além da troca, poderá ser aplicável, com as devidas adaptações, no Direito comercial” (António Menezes Cordeiro, Ob. cit., pág. 622)].

²⁹ “A venda à distância pode ser definida como uma técnica de venda em que os produtos são apresentados aos clientes potenciais por meio de imagens ou de mensagens veiculadas por diversos meios de comunicação e às quais o consumidor responde comunicando a sua decisão pelos mesmos meios ou por outros similares” (Fernando Baptista de Oliveira, Contratos Privados, Das Noções à Prática Judicial, Vol. I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2015 pág. 382.

³⁰ Um dos aspetos mais relevantes do regime dos “contratos celebrados fora do estabelecimento comercial” prende-se com o chamado “direito ao arrependimento” ou “direito de livre resolução”: artigos 10.º a 17.º do DL. 24/2014.

O fim a que a coisa se destina corresponde à função normal das coisas da mesma categoria, quando outro fim não resulte do contrato (913.º, n.º 2).

No regime do Código Civil há que distinguir, desde logo, entre a venda de coisa específica e a venda de coisa futura e venda de coisa genérica. No primeiro caso, importa ainda saber se o defeito da coisa vendida existe ao tempo da celebração do contrato ou se ocorre após essa celebração. Assim, tendo em conta o disposto nos artigos 913.º e ss. e no artigo 918.º, ambos do CC, podemos esquematizar o regime aplicável do seguinte modo:

1 – Venda de coisa específica com imediata transmissão da propriedade – Aplicação do regime do erro ou do dolo e dos artigos 913.º (e 905.º) do CC.

2 – Venda de coisa específica, quando o defeito é posterior à contratação – Aplicação do regime do cumprimento defeituoso do contrato, quando o defeito é imputável ao vendedor (art. 918.º) ou o regime do risco, se o defeito é imputável ao comprador, e com esse risco habitualmente a seu cargo (art. 796.º, n.º 1).

3 – Venda de coisa genérica ou de coisa futura – Aplicação do regime do incumprimento da obrigação, nos termos do art. 918.º.

Efetivamente, o art. 918.º esclarece que “se a coisa, depois de vendida e antes de entregue, se deteriorar, adquirindo vícios ou perdendo qualidades, ou (se) a venda respeitar a coisa futura, ou a coisa indeterminada de certo género, são aplicáveis as regras relativas ao não cumprimento das obrigações”.

Esta clara diferenciação de regimes leva a um diferente tratamento de situações concretas semelhantes (ou que justificariam, certamente, um semelhante tratamento), como sucede no exemplo referido pelo Prof. Luís Teles de Menezes Leitão (ob. cit., págs. 108/109) em que um comprador vai a uma ourivesaria escolher um anel e depois descobre-lhe um risco, tendo que demonstrar um erro seu para anular o negócio e tendo apenas direito à restituição do preço e a uma indemnização pelos danos correspondentes ao interesse contratual negativo (arts. 915.º e 909.º) e aquele outro comprador que apenas encomenda um anel à ourivesaria e o vendedor lhe entrega esse bem com (semelhante) risco. Neste segundo caso, há incumprimento por parte do vendedor (art. 918.º) e o comprador pode ser indemnizado pelo interesse contratual positivo.

A aludida diferenciação e as suas consequências levaram já alguma doutrina (da qual foi exemplo relevante o prof. Baptista Machado) a enquadrar a venda defeituosa de coisa específica no regime do incumprimento, sustentando que o erro dos artigos 913.º e 905.º do CC respeita à fase de execução do contrato e não à fase da sua formação. A generalidade dos autores (se assim podemos dizer), porém, continuam a seguir o entendimento que a venda defeituosa de coisa específica não se resolve através do cumprimento contratual defeituoso, mas impõe o erro, aqui no seu sentido técnico, e esta segunda posição parece ser a que melhor corresponde ao direito vigente.

Note-se que o regime do Código Civil não é acompanhado pelo regime da venda internacional de mercadorias (sempre que haja falta de conformidade, e como resulta da Convenção de Viena) nem pelo regime da venda de bens de consumo e garantias associadas (Diretiva 1999/44/CE e DL. 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo DL. 84/2008, de 21 de maio), que melhor veremos mais adiante.

Na venda de coisa (específica) defeituosa – e referidos já os quatro tipos de vício que a lei (Código Civil) inclui no artigo 913.º, que, em rigor, são tanto vícios da coisa como faltas de qualidade, sejam estas as asseguradas ou as necessárias ao fim – já se disse, aplica-se (com as necessárias adaptações) o regime da “venda de bens onerados”. Daí decorre que à venda de coisas defeituosas se aplica (pode, em concreto aplicar) a anulação do contrato, por erro ou dolo ou a redução do preço, além da indemnização pelos danos causados e a “expurgação dos ónus (prevista para os bens onerados) é aqui substituída pela obrigação de reparação ou de substituição da coisa.

Assim, o comprador da coisa defeituosa (no regime do Código Civil), pode:

1 – Pedir a **anulação do contrato**, por erro ou dolo (verificados em concreto os requisitos da anulabilidade: a essencialidade e a cognoscibilidade dessa essencialidade do erro para o comprador (arts. 251.º e 247.º) e, em caso de dolo, que este tenha sido determinante da vontade do declarante (arts. 254.º, n.º 1), salvo se provier de terceiro, exigindo-se também, neste caso, que o destinatário também conhecesse ou devesse conhecer a situação (art. 254.º, n.º 2 do CC).

2 – Pode **exigir a reparação (dos defeitos) da coisa ou a sua substituição**, caso necessário, e se a coisa for fungível (art. 914.º). Como decorre deste citado artigo 914.º, a reparação da coisa prevalece sobre a sua substituição, mas uma e outra não existem (ou sejam, não existe a correspondente obrigação do vendedor) “se o vendedor desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade de que a coisa padece” (parte final do aludido artigo), o que não afasta, ainda assim, a pretensão à anulação do contrato, se estiverem presentes os respetivos requisitos; com efeito, e como referem Pires de Lima e Antunes varela (Código Civil Anotado, Volume II, 3.ª edição, pág. 215) o vendedor pode desconhecer o vício da coisa mas conhecer a essencialidade, para o comprador do elemento sobre que incidiu o erro.

3 – Pode **exigir do vendedor uma indemnização**, quer em caso de dolo (art. 908.º), quer em caso de simples erro (art. 909.º), ainda que esta se mostre restringida nos termos do artigo 915.º, e ainda uma indemnização por incumprimento da obrigação de reparação ou substituição da coisa.

4 – Pode, por fim, **exigir a redução do preço** (art. 911.º, n.º 1). A redução do preço é uma alternativa à anulação do contrato (por erro ou dolo) e que se impõe ao comprador “sempre que se possa comprovar que os vícios ou faltas de qualidades de que a coisa padece não influiriam na sua decisão de adquirir o bem, mas apenas no preço que estaria disposto a pagar por ele”.

O exercício dos direitos pelo comprador, no seu modo e nos prazos aplicáveis, está regulado nos artigos 916.º e 917.º do C. Civil. Assim:

1 – Salvo nos caso de dolo do vendedor, o defeito tem de ser denunciado e pode ser denunciado por qualquer forma.

2 – No caso de bens móveis, a denúncia tem de ser feita no prazo de 30 dias, depois de conhecido o defeito, e dentro dos seis meses posteriores à entrega da coisa (art. 916.º, n.º 2).

3 – No caso de bens imóveis, aqueles prazos (que se aplicam cumulativamente, pelo que a inobservância de qualquer deles fará caducar os direitos do comprador) passam a ser, respetivamente de 1 (um) ano e de 5 (cinco) anos (art. 916.º, n.º 3).

Sobre os defeitos supervenientes e os defeitos da venda de coisas futuras ou da venda de coisa genérica, já anteriormente referimos a previsão do artigo 918.º do C. Civil.

2.2. O Código Comercial e vendas internacionais de mercadorias

As particularidades da compra e venda comercial (apesar da atual semelhança com o regime previsto no Código Civil) cingem-se à obrigação de preço e de entrega (artigos 466.º e 473.º do CCom); à obrigação de fatura (476.º do CCom), aos efeitos sobre terceiros (artigo 1331.º do CC)³¹ e, no que mais aqui importa, ao cumprimento contratual (468.º e 474.º do CCom).

Quanto ao cumprimento do contrato, há especificidades em caso de insolvência (468 do CCom) e no caso de falta de pagamento do preço pelo comprador (artigo 474.º do CCom). De acordo com o primeiro dos preceitos, o vendedor obrigado a cumprir primeiro fica exonerado da obrigação de entrega, se o comprador vier entretanto a ser declarado insolvente, mas o comprador (ao contrário da lei civil) pode obstar a essa exoneração se prestar caução. Note-se, no entanto, que a doutrina não é unânime na resposta à questão de saber se o normativo que estamos a citar foi ou não revogado pelo CIRE³². Quanto ao não pagamento do preço, o artigo

³¹ Segundo o regime do artigo 1301.º do CC, que se pode considerar uma particularidade da compra e venda mercantil, “quem reivindicar de terceiro coisa por este comprada de boa fé a comerciante no exercício do comércio é obrigado a restituir o preço que o adquirente tiver dado por ela; goza, todavia, do direito de regresso contra aquele que culposamente deu causa ao prejuízo” (António Menezes Cordeiro, ob. cit., pág. 621). Sobre este preceito, que o mesmo autor considera “muito interessante”, cf. António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil (4.ª reimpressão)*, Almedina, 2011, págs. 448/450 e, em especial, nota 143.

³² Luís A. Carvalho Fernandes/João Labareda (*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 2.ª edição*, Quid Juris, 2013, págs. 494/495) consideram que o “entendimento adequado é o de que o art.º 468.º do C. Com. estar prejudicado pela nova lei, pois, se assim não fosse, não podia deixar de nela se prever a situação entre as hipóteses de restituição e separação de bens”. Também José de Oliveira Ascensão considera o preceito revogado, mesmo antes do CIRE e, depois deste, por maioria de razão (*Themis, edição especial, Novo Direito da Insolvência*, Almedina, 2005, págs. 123/124. Porém, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão (Direito da Insolvência, 5.ª edição, Almedina, 2013, pág. 171, refere: “poderá, porém, o administrador optar pelo cumprimento. Nesse caso, esta disposição parece manter em vigor o art. 468.º do Código Comercial (...), para o qual o art. 201.º, d) do CPEREF remetia, apesar das críticas que Oliveira Ascensão justificadamente formulou a esta solução. No entanto, o facto de no art. 141.º do Código se ter eliminado a remissão para essa norma, ao contrário do que fazia aquele preceito, e ainda se previa no Anteprojeto (art. 125.º, n.º 1, d)) coloca dúvidas sobre esta questão.”

474.º do CCom dispõe que, se o comprador não cumprir com a sua obrigação, o vendedor pode depositar a coisa por conta do incumpridor, ou revender a coisa; a revenda efetua-se em hasta pública ou então, se a coisa tiver preço cotado na bolsa ou no mercado, ao preço corrente e por intermédio de corretor, ficando salvo ao vendedor o direito do pagamento da diferença entre o preço obtido e o estipulado e às perdas e danos. O vendedor que use da faculdade prevista neste preceito fica “em todo o caso obrigado a participar ao comprador o evento.”³³.

Seguindo o que nos é ensinado por M. Januário da Costa Gomes (Contratos Comerciais, Almedina, 2013, págs. 72/75 e 80/82), deixemos aqui algumas notas:

- Os contratos comerciais, com relevo para os internacionais, “permitem a divulgação do conceito de conformidade da prestação.” Não é um conceito novo, como resulta do artigo 469.º do CCom e tem manifestação relevante e atual, desde logo, no “artigo 35.º da Convenção de Viena de 1980 sobre a compra e venda internacional de mercadorias: de acordo com o artigo 35.º/1, o vendedor deve entregar as mercadorias que, pela quantidade, qualidade e tipo correspondam às previstas no contrato e que tenham sido embaladas ou acondicionadas de acordo com a forma prevista no contrato. O artigo 35.º/2 enuncia, depois, sem prejuízo de convenção em contrário, os requisitos de que depende a conformidade das mercadorias com o contrato. O princípio é o de que qualquer falta de conformidade determina a responsabilidade do vendedor, salvo se o comprador a conhecia ou a não podia ignorar no momento da conclusão do contrato.”³⁴

³³ O “artigo 466.º admite que o preço da coisa se venha a determinar posteriormente. A regra consta hoje, com mais pormenor, do artigo 883.º do Código Civil” (António Menezes Cordeiro, ob. cit., pág. 620).

³⁴ As principais diferenças entre o Direito português e o da Convenção são as seguintes: O artigo 230.º, n.º 1 do CC consagra a regra supletiva da irrevogabilidade da proposta contratual, enquanto o artigo 16.º da Convenção a da revogabilidade, se a declaração de revogação chegar ao destinatário antes da emissão da aceitação. O artigo 21.º determina que a aceitação tardia é eficaz se o proponente avisar de imediato o destinatário que assim a considera; o n.º 2 do artigo 19.º da Convenção mitiga a rigidez da regra do artigo 233.º do CC, regra que o n.º 1 do artigo 19.º da Convenção também aceita. “O legislador português configurou a venda de coisas defeituosas determinadas (artigos 913.º e segs. CC) e de bens onerados (artigos 905.º e segs.) como casos de erro. Nesta base, atribui ao comprador a faculdade de anular o contrato (artigos 905.º e 913.º/1 CC). Este enquadramento deixa em aberto várias questões fundamentais que são muito controversas na doutrina, não sendo possível proceder neste momento ao seu exame. Já a Convenção trata destes casos no contexto dos meios de que dispõe o comprador em caso de incumprimento do vendedor (artigo 46.º e segs.), estabelecendo um regime claro. Uma diferença entre o regime convencional e o entendimento tradicional dominante perante o direito português que, como veremos, tem motivado diversas referências à Convenção na jurisprudência portuguesa, diz respeito à *indemnização devida em casos de resolução por incumprimento do vendedor*.” De acordo com a Convenção, trata-se de uma indemnização por danos positivos (visa colocar o lesado na situação que teria se o contrato tivesse sido cumprido), enquanto que no entendimento tradicional dos tribunais portugueses estamos perante uma indemnização dos danos negativos ou, assim também chamada, pelo interesse contratual negativo (que pretende colocar o lesado na situação patrimonial que teria se o contrato não tivesse sido celebrado). “por último referirei duas diferenças quanto à faculdade de resolução do contrato pelo vendedor em caso de *incumprimento do comprador*. Perante o regime convencional, a faculdade de resolução é limitada caso o comprador tenha pagado o preço (artigo 64.º/2). Já perante o Código Civil português, do pagamento do preço não decorre nenhuma limitação à resolução do contrato pelo vendedor (por exemplo, em caso de não-aceitação da entrega da mercadoria pelo comprador). Por outro lado, por força do artigo 886.º do CC português, salvo convenção em contrário, o vendedor não pode resolver o contrato se tiver acordado com o comprador a reserva de propriedade ou uma reserva de resolução (Luís Lima Pinheiro, cit., págs. 302 a 306).

A *Convenção das Nações Unidas sobre a venda internacional de mercadorias*, aprovada em **Viena** em 1980 tem como partes um elevadíssimo número de Estados europeus (38) e também extraeuropeus (42), ainda que, dos países lusófonos só o Brasil é parte e por adesão recente. Há anos que se prevê a adesão de Portugal, mas o facto de a mesma ainda não ter ocorrido, não afasta imediatamente a sua aplicabilidade. Em primeiro lugar, no entanto, e ao contrário do que por vezes é referido, a CV não se aplica a vendas a consumidores; aplica-se aos contratos de venda de mercadorias celebrados entre partes que tenham o seu estabelecimento em estados diferentes e desde que se verifique que esses estados são contratantes ou as regras de DIP conduzam à aplicação da lei de um Estado contratante. “O critério de internacionalidade relevante é, portanto, o do estabelecimento das partes em Estados diferentes. Além disso, tem de haver uma conexão com um *Estado contratante* que resulta de as partes terem estabelecimento em Estados contratantes ou de o Direito Internacional privado do Estado do foro remeter para a ordem jurídica de um estado contratante (...) Do ponto de vista de um estado não contratante, como é o caso de Portugal e dos países lusófonos, a Convenção só se pode aplicar no quadro da ordem jurídica competente segundo o Direito de Conflitos vigente na ordem interna”. A CV, ao contrário do que por vezes é entendido, não é aplicável por força própria, mas por causa ou em razão do Direito de Conflitos. “Por exemplo, um contrato de compra e venda de mercadorias é celebrado entre uma sociedade estabelecida em França e uma sociedade estabelecida em Portugal. As partes designam o Direito francês para reger o contrato. A sociedade “francesa” atua uma pretensão de indemnização por incumprimento do contrato pela parte “portuguesa” junto dos tribunais portugueses. Perante o Direito de Conflitos vigente da ordem portuguesa é competente o Direito francês. Na ordem jurídica francesa vigora a Convenção de Viena e, embora uma das partes tenha estabelecimento num estado não contratante, o Direito Internacional Privado francês remete para a lei francesa (...). O tribunal português deve aplicar as regras da Convenção...” (Luís de Lima Pinheiro, *A Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias*, in *O Direito*, 2014, Tomo II, págs. 297 e ss.)

– Com especial relevo no campo comercial, cumpre destacar a “responsabilidade civil do produtor”. O produtor (“fabricante do produto acabado, de parte componente ou de matéria-prima e ainda quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo”) é responsável pelos danos causados pelos defeitos dos produtos que põe em circulação, independentemente de culpa, como decorre do artigo 1.º do DL. 383/89, de 6 de novembro, alterado pelo DL. 131/2001, de 24 de abril. Nos termos deste diploma (artigo 4.º) um produto é defeituoso “quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação. - Os “danos ressarcíveis” (artigo 8.º) são “os resultantes de morte ou lesão pessoal e os danos em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinado ao uso e consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente este destino.”

– Com o regime acabado de revelar não se confunde a “responsabilidade direta do produtor”, resultante do DL. 67/2008. Segundo este último regime (cf. artigo 6.º, n.º 1), o consumidor, sem embargo dos direitos que lhe assistem perante o vendedor, “pode optar por exigir do produtor a reparação ou substituição da coisa, salvo se tal se manifestar impossível ou

desproporcionado, tendo em conta o valor que o bem teria se não existisse a falta de conformidade, a importância desta e a possibilidade de a solução alternativa ser concretizada sem grave inconveniente para o consumidor.”

– Finalmente, o regime do DL. 67/2003 não colide com o DL. 383/89, pois “este último apenas tutela bens típicos da responsabilidade aquilina ou delitual, o que não protege adequadamente o consumidor de bens de consumo face à venda de produtos defeituosos: o consumidor passa, assim, a poder exercer *diretamente*, face ao produtor, pretensões típicas da relação contratual que o liga ao vendedor, como a reparação ou substituição do bem.”

– Optando o consumidor por agir diretamente contra o vendedor, o vendedor, se satisfizer qualquer dos direitos previstos no artigo 4.º do DL. 67/2003 (reparação, substituição, redução do preço e resolução) pode “*agir em regresso contra o profissional a quem tenha adquirido a coisa*”; prevê-se, nestes termos, “uma responsabilidade em via de regresso dos participantes na *cadeia contratual* que precedeu a celebração de um contrato de compra e venda de bens de consumo”, ou seja, “a lei não considera apenas o isolado contrato de compra e venda mas a *operação económica em cadeia*, impedindo, assim, que seja o último vendedor a suportar economicamente as consequências do defeito.”

Note-se que estão excluídas da comercialidade as compras para consumo: pelo lado do adquirente (consumidor) elas não se enquadram na atividade mercantil³⁵ e, por último, ao contrário do regime civil, a venda de bens alheios não é nula.

– Às obrigações comerciais aplicam-se especificamente algumas normas: - a solidariedade passiva nas obrigações comerciais plurais, ressalvadas as obrigações dos não comerciantes que não forem comerciais (artigo 100 do CCom); - por isso, o fiador comercial, mesmo que não seja comerciante não beneficia do princípio do benefício da excussão prévia (artigo 101 do CCom);

– as obrigações mercantis presumem-se por natureza onerosas, com reflexo no regime dos juros (artigo 102.º do CCom, na redação do DL. 32/2003, de 17 de fevereiro); - as transações comerciais estão automaticamente sujeitas a juros, como decorre do DL. 32/2003, que transpôs a Diretiva 2000/35/CE do Parlamento europeu e do Conselho, estabelecendo medidas de combate contra o atraso no pagamento; - o estado está obrigado ao pagamento

³⁵ A propósito, refere Jorge Manuel Coutinho de Abreu (*Curso de Direito Comercial, Volume I, 9.ª edição*, Almedina, 2013, págs. 107/108) que os atos cuja comercialidade se verifica só em relação a uma das partes são unilateralmente comerciais. “Por exemplo: E, professor, compra a B um automóvel para seu uso e da sua família (a venda é objetivamente comercial - art. 463.º, n.º 3 -, a compra é civil – art. 464.º, n.º 1); E segura o seu automóvel junto de C (o contrato é mercantil com respeito a C, não com respeito a E); E, para pagar parte das prestações relativas à compra da viatura, celebra um contrato de empréstimo com D (do lado deste é o contrato comercial – art. 362.º -, não do lado de E – cfr. art. 394.º).” E pergunta: “Qual o regime jurídico dos atos unilateralmente comerciais? Aplicar-se-lhes-á a lei comercial, a civil ou uma e outra? Responde o art. 99.º do CCom: “Embora o ato seja mercantil só em relação a uma das partes será regulado pelas disposições da lei comercial quanto a todos os contraentes, salvo as que forem aplicáveis àquele ou àqueles por cujo respeito o ato é mercantil, ficando, porém, todos sujeitos à jurisdição comercial” [o que se mostra revogado, atenta a extinção da jurisdição mercantil]. O autor esclarece, no entanto o autor (a págs. 108) que se deve “acrescentar uma categoria mais geral de exceções à aplicação das disposições da lei comercial” e concretiza: “Quando o ato unilateralmente comercial seja contrato de consumo, aplicam-se a ambos os contraentes as regras especiais das relações de consumo.”

de juros de mora, nos termos do artigo 1.º da lei 3/2010, de 27 de abril e o vencimento das obrigações pecuniárias está previsto no Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo DL. 18/2008, de 29 de janeiro; - as obrigações comerciais, salvo quando sejam resultado “das relações entre empresários mercantis”, estão sujeitas ao regime prescricional específico que a alínea b) do artigo 317.º do CC prevê.

Ainda em sede comercial, e mais especificamente no âmbito das coisas defeituosas ou desconformes, importa agora abordar o disposto no artigo **471.º do CCom**.

Depois de transcrever o preceito em análise e os sumários de três acórdãos do STJ (Ac. de 25.10.2011, relator Nuno Cameira; Ac. de 6.03.2012, relator Moreira Alves e Ac. de 22.05.2012, relator Paulo Sá) e de constar que “no espaço de meio ano, este tribunal se pronunciou de modo distinto na interpretação do disposto no artigo 471.º do Código Comercial”³⁶, e esclarecendo que os “artigos 469.º e 470.º do Código Comercial regulam especialmente os contratos de compra e venda comercial não à vista”, María de Fátima Ribeiro (“A desconformidade e o artigo 471.º do Código Comercial: âmbito e aplicação do regime”, in AB INSTANTIA, Ano I, n.º 2, Almedina, Abreu Advogados, págs. 13 e ss.) conclui (a págs. 32/33) o que ora se transcreve: *“O artigo 469.º do Código Comercial determina que a venda se considera sempre feita “debaixo da condição de a coisa ser conforme à amostra ou à qualidade convencionada!”. E o artigo 471.º do mesmo Código dispõe que o negócio se torna perfeito se o comprador examinar as coisas no ato de entrega e não reclamar, ou se, não as examinando logo, não reclamar no prazo de oito dias a contar dessa data, por se considerar “não verificada” a desconformidade de que trata o artigo 469.º. A solução legal prevista no artigo 469.º do Código Comercial visa tutelar os interesses do comprador, que corre o risco de adquirir mercadoria que não tem presente – e espera que a mercadoria que lhe venha a ser entregue corresponda à mercadoria que ele compraria se pudesse tê-la tido perante si e examinado aquando da celebração do contrato. Por seu turno, o artigo 471.º do Código Comercial visa conciliar a proteção especial que a lei confere ao comprador da coisa não à vista com a tutela dos interesses do vendedor – para que este não suporte, durante um período muito alargado, a incerteza relativamente à transação em causa. Embora a doutrina discuta o alcance da estatuição do artigo 469.º, deve entender-se que a existência de desconformidade e a consequente reclamação do comprador não produz os efeitos da não verificação de uma condição suspensiva, mas antes de um incumprimento do contrato por parte do vendedor, por*

³⁶ Citamos: “(...) entendeu-se no primeiro caso que desconformidade e defeito são vícios distintos – e que o facto de não se ter invocado a desconformidade no curto prazo fixado no artigo 471.º do Código Comercial não afasta a possibilidade de vir a ser invocado defeito de que a coisa padeça (então, no prazo legal que decorre da aplicação das regras gerais do direito civil); no segundo, que tal prazo de oito dias apenas será de contar a partir da entrega da mercadoria quando a desconformidade possa ser identificada pelo comprador durante esse período – de outro modo, o mesmo prazo de oito dias apenas deve começar a contar-se a partir do momento em que o comprador, agindo com a diligência devida, tome conhecimento do defeito; e no terceiro (complementando-se o sumário com a análise do texto do acórdão), que o prazo fixado no artigo 471.º do Código Comercial se conta sempre a partir da data em que o comprador que consiga provar a eventual impossibilidade de exame da coisa no momento da entrega (sob pena de o prazo se contar necessariamente a partir desta data) tenha ou possa ter conhecimento (agindo com a diligência exigível) do vício (qualquer que ele seja), e é supletivo, podendo ser afastado contratualmente, através de cláusula pela qual o vendedor estabeleça uma garantia por período superior – devendo entender-se que o comprador terá esse prazo convencionado (que deve contar-se a partir da entrega da mercadoria) para denunciar os defeitos de que a coisa padeça.”

ser esse o único entendimento que acautela devidamente os interesses do mesmo. Também na situação regulada no artigo 470.º deve entender-se que existe negócio perfeito desde a respetiva conclusão, cabendo ao comprador, no caso de inconveniência, um direito potestativo extintivo. A desconformidade e a inconveniência a que se refere o artigo 471.º consiste em vícios identificáveis à vista, ou através de simples exame que um comprador, atuando com normal diligência (a exigível ao comerciante do ramo), realizaria ordinariamente se estivesse a comprar as coisas em causa à vista, pois a tutela que a lei lhe confere é precisamente a de o proteger do risco de ter celebrado um contrato de compra e venda de coisas não à vista. Deste modo, o disposto no artigo 471.º é estritamente aplicável à desconformidade entre a mercadoria comprada e a mercadoria entregue e à inconveniência – e não aos defeitos de que a mesma mercadoria possa padecer, a menos que se trate de defeitos tão aparentes que teriam impedido a compra à vista da mesma mercadoria.”

2.3. As relações de Consumo e o regime do DL. 67/2003.

O contrato de compra e venda para consumo é um subtipo do contrato de compra e venda e a ele se aplicam – agora em sentido genérico e abarcando as diversas possibilidades -, as regras próprias do Código Civil, as da Lei de Defesa do Consumidor (LDC) e variados outros diplomas de proteção dos consumidores (contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial ou, entre outros, as práticas comerciais desleais) e também – relevante à nossa análise - o DL. 67/2003³⁷.

³⁷ Importa referir que o Decreto-Lei 67/2003 foi significativamente alterado pelo Decreto-Lei 84/2008, de 21 de maio, tendo este revogado algumas disposições daquele, introduzido novos preceitos e dado nova redação a outros. Assim, em primeiro lugar, enquanto o anterior artigo 1.º, n.º 2 referia “contratos de fornecimentos de bens de consumo a fabricar ou a produzir”, o atual n.º 2 do artigo 1.º-A refere, com precisão, o contrato de empreitada ou outros contratos de prestação de serviços, tornando clara a aplicação já defendida pela doutrina ao contrato de empreitada e acrescentando ainda, como se disse “outros contratos de prestação de serviços”. Em conformidade, o regime que apreciamos passa a ser inequivocamente aplicável aos aludidos contratos, naturalmente (e daí a importância da definição conceitual) se estivermos perante uma relação de consumo. Note-se, no entanto, que a lei também é clara quando identifica o âmbito aplicativo do diploma: trata-se de bens (defeituosos ou desconformes) de consumo fornecidos no âmbito de uma empreitada ou de outra prestação de serviços). Assim, indo a casos já tratados na jurisprudência portuguesa, a limpeza de um casaco não parece estar abrangida pelo diploma, mas a substituição de botões (por botões novos, subentenda-se) já o estará. Em segundo lugar, a substituição da coisa (defeituosa) móvel, deve ser feita, não num prazo razoável, mas no prazo máximo de 30 dias (artigo 4.º, n.º 2). Ainda assim (como refere Maria Olinda Garcia, “O consumidor mais protegido – O alcance do Decreto-lei n.º 84/2008, de 21 de maio”, in *Revista Julgar*, n.º 6, 2008, Coimbra Editora, págs. 35 e ss., a pág. 36/37), sendo positiva a consagração deste prazo máximo, a sua aplicação concreta deve “envolver fatores de razoabilidade e de boa fé em função da tipologia do bem em causa e das circunstâncias em que se opera a reparação ou substituição”, ou seja, caso se demonstre que o vendedor que o vendedor pode facilmente reparar ou substituir o bem em prazo muito inferior e o não faz, o consumidor pode demonstrar que da demora resulta para si um grave inconveniente, “o que eventualmente o legitimará a resolver o contrato, ainda que se encontre a decorrer aquele prazo de 30 dias”; em sentido diferente, pode o princípio geral da boa-fé “justificar a não penalização do vendedor que ultrapasse o prazo de 30 dias” quando este “demonstre que desenvolveu todas as diligências para satisfazer o interesse do credor, e que o resultado esperado só não se verificou atempadamente por força de fatores imprevisíveis ou extraordinários” e quando “da maior demora não resulte “um grave inconveniente” para o consumidor”. Em terceiro lugar, o artigo 4.º, n.º 6, clarifica que os direitos atribuídos por este normativo transmitem-se a terceiro adquirente do bem (estendendo a tutela do consumidor a uma relação que já não é uma relação de consumo e reforçando a ideia de uma responsabilidade objetiva) e o n.º 6 do artigo 5.º vem agora esclarecer que, havendo substituição do bem, o novo bem goza do mesmo prazo de garantia do bem substituído. Por último, podemos referir a alteração introduzida no n.º 1 do artigo 6.º e que, ao contrário da

Este diploma é aplicável, além do mais “aos contratos de compra e venda celebrados entre profissionais e consumidores” (artigo 1.º-A, n.º 1) e a coisas móveis e imóveis. Porém, já estão excluídos os bens incorpóreos (bens intelectuais e direitos). Quanto aos produtos de *software*, serão corpóreos se contidos num suporte (CD, DVD, etc.), mas incorpóreos se transferidos eletronicamente; no entanto, têm-se entendido que as características do suporte não devem ser relevantes, pelo que se aplicará o regime previsto no diploma, independentemente da existência de suporte físico. Quer à água quer ao gás, desde que bens corpóreos (postos à venda em volume delimitado ou em quantidade determinada) aplica-se também este regime. Tal como se aplica quer aos bens novos quer aos bens usados (artigo 5.º, n.º 2) e aos contratos de troca de bens de consumo. É discutível que se aplique à venda de bens em processo de execução, desde logo porque o vendedor não pode ser considerado um profissional.

O DL. 67/2003 veio consagrar a noção de conformidade ou se - dependendo do prisma em que a questão é colocada – de desconformidade. A vantagem de se ter adotado uma tal noção traduz-se no facto de se reunir num mesmo conjunto e através de uma fórmula simples diversas situações de incumprimento que apareciam anteriormente com tratamento diverso: o vício ou defeito, a falta de qualidade do bem, a diferença de identidade e a diferença de quantidade (Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 3.ª edição, Almedina, 2016, pág. 199)³⁸. A conformidade (e a desconformidade, consequente e, noutros casos, expressamente) encontra-se definida no artigo 2.º, do DL. 67/2003.

O artigo 4.º, n.º 1, do diploma estipula que, “em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, o consumidor tem direito a que esta seja repostada sem encargos, por meio de reparação ou de substituição, à redução adequada do preço ou à resolução do contrato”.

Além destes direitos, especificamente consagrados na norma acabada de transcrever, entende-se que, nos termos gerais, ou seja, desde que verificados os respetivos pressupostos, o consumidor tem direito a ser indemnizado em consequência da falta de conformidade e pode invocara exceção de não cumprimento.

Os direitos do consumidor previsto para a relação do consumo, uma vez adquiridos bens ou pagos serviços (com incorporação de bens) sem conformidade não estarão hierarquizados. Dizemos “estarão” porque continua a haver divergência na doutrina [Pedro Romano Martinez admite que a escolha caiba ao vendedor, atendendo aos seus maiores conhecimentos sobre o

generalidade dos outros normativos trazidos pelo diploma de 2008, representa uma “desproteção do consumidor”: para além dos casos em que o produtor se pode opor ao exercício dos direitos pelo consumidor (n.º 2 do artigo 6.º), o n.º 1 exclui a possibilidade de o consumidor responsabilizar diretamente o produtor (exigindo a reparação ou substituição da coisa defeituosa), caso essa exigência “se manifestar impossível ou desproporcionada tendo em conta o valor que o bem teria se não existisse falta de conformidade, a importância desta e a possibilidade de a solução alternativa ser concretizada sem grave inconveniente para o consumidor”.

³⁸ Segundo o mesmo autor (ob. e loc. cit.) a lei não distingue entre os vícios da própria coisa e os vícios de direito, pelo que “só é conforme com o contrato o objeto que seja entregue ao consumidor sem qualquer limitação, física ou jurídica”. Que dizer dos bens onerados e das previsões dos artigos 905.º e ss. do Código Civil, se estivermos perante uma relação de consumo? Refere ainda o autor que, na diferença de identidade, estamos perante os casos em que é entregue um bem totalmente diferente do acordado (o bem não é conforme ao contrato...). Se existir falta de identidade (e ao contrário do que pode suceder em alguns casos de falta de qualidade) a reparação não é possível e a substituição implica a entrega de um bem diferente.

bem ou serviço defeituoso; Fernando de Gravato Morais considera que a ordem legalmente prevista é isso mesmo, uma ordem sucessiva ou sequencial e não arbitrária e João Calvão da Silva considera que uma interpretação conforme à Diretiva impõe a hierarquização dos direitos do consumidor] e na jurisprudência.

Sem embargo, entendemos que, perante o direito atual e constituído, e a clareza do preceito que citámos, no seu n.º 5, não existe uma ordem de direitos, por um lado, e, por outro, a escolha do direito pertence ao consumidor; isto sem prejuízo de tal opção se revelar impossível ou constituir abuso de direito.

Os prazos de exercício (prazo de garantia e prazo de exercício de direitos, propriamente dito) estão previstos nos artigos 5.º e 5.º-A do diploma³⁹.

Do que decorre, estando em causa a aplicação de um determinado regime legal, o **conceito de consumidor** (ou da **relação de consumo**) assume-se como pedra de toque (segundo alguns como calcanhar de Aquiles) na definição de tal regime, quando está em causa a compra e venda defeituosa. Tal conceito, afinal, tem como principal intenção a delimitação do âmbito subjetivo da aplicação de diversos diplomas ou regimes jurídicos, sejam eles de Direito interno, comunitário ou internacional.

A este propósito parecem-nos sintomáticas as palavras de Mário Tenreiro quando refere que *o consumidor é o que o legislador (pelas definições explícita ou implicitamente incluídas na lei) ou a jurisprudência fizer dele (Un Code de la Consommation ou un Code Autour du Consommateur?)*.

Os principais diplomas portugueses da área do direito do consumo também revelam a inexistência de um conceito único de consumidor. Vejamos:

1 – Segundo a Lei de Defesa do Consumidor (LDC – **Lei n.º 24/96**, de 31 de julho e diplomas que a alteraram), considera-se “consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios” (artigo 2.º, n.º 1).

2 – De acordo com o artigo 3.º, alínea c) do **Decreto-lei n.º 24/2014**, de 14 de fevereiro, que disciplina os “Contratos Celebrados à Distância e Fora do estabelecimento Comercial”, o consumidor é “a pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional.”

3 – Nos Contratos de Créditos a Consumidores (**Decreto-Lei n.º 133/2009**, de 2 de junho), e segundo a alínea a) do n.º 1 do seu artigo 4.º, o consumidor é “a pessoa singular que, nos

³⁹ Com o DL. 84/2008, que, em parte revogou o anterior artigo 5.º do DL. 67/2003, distinguiu-se a matéria do chamado “prazo de garantia” da dos prazos para o “exercício de direitos”. Sobre estes, cujo não cumprimento leva à perda do direito do consumidor: Jorge Morais Carvalho, *Manual do Direito...* cit., págs. 252/258.

negócios jurídicos abrangidos pelo presente decreto-lei, atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional.”

4 – Já na Lei dos Serviços Públicos Essenciais (**Lei n.º 23/96**, de 26 de julho, alterada pela Lei n.º 12/2008, de 26 de fevereiro), não se fala de consumidor mas de “utente” e este considera-se ser (para efeitos da aludida lei), muito amplamente, “a pessoa singular ou coletiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo” (artigo 1.º, n.º 3).

5 – O **Decreto-Lei n.º 156/2005**, de 15 de setembro, respeitante ao “Livro de Reclamações”, sem que os defina, esclarece que o diploma tem em vista reforçar os procedimentos de defesa dos direitos “dos consumidores e utentes” no âmbito do fornecimento de bens e prestação de serviços (artigo 1.º, n.º 1).

6 – Na Lei de “Proteção de dados pessoais e Privacidade nas Telecomunicações” (**Lei n.º 41/2004**, de 18 de agosto) já se refere o conceito de utilizador, sendo este “qualquer pessoa singular que utilize um serviço de comunicações eletrónicas acessível ao público para fins privados ou comerciais, não sendo necessariamente assinante desse serviço”.

7 – No Código da Publicidade (**Decreto-Lei n.º 330/90**, de 23 de outubro), por sua vez, fala de destinatário, como sendo a “pessoa singular ou coletiva a quem a mensagem publicitária se dirige ou que por ela, de qualquer forma, seja atingida.”

8 – Nas “Práticas Comerciais com Redução de Preço nas Vendas a Retalho” (**Decreto-Lei n.º 70/2007**, de 26 de março), não se define, mas pressupõe-se algum conceito de consumidor, quando se prevê que “o comerciante pode, mediante acordo com o consumidor, proceder à substituição do produto adquirido (artigo 8.º).

9 – E, propositadamente deixado para o fim, por ser o que mais aqui interessa, o **Decreto-Lei n.º 67/2003** (Venda de Bens de Consumo e das garantias a ela Relativas) define consumidor em termos semelhantes à definição primeiramente referida (da LDC) como “aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º da Lei 24/96, de 31 de julho”.

Feita a resenha anterior, voltemos à “pedra de toque”, ao conceito definidor do regime jurídico aplicável: o conceito de consumidor ou – em sentido semelhante – de relação de consumo.

Efetivamente, se temos um regime (já de si com várias possibilidades) consagrado no Código Civil e um outro que, pressupondo uma relação de consumo, se plasma no DL. 67/2003, a primeira operação a efetuar é definir qual (dos regimes) aplicar à situação que se nos coloca. E o critério, já se sabe e se adianta, é o **tipo de relação**. O Decreto-Lei é aplicável à relação de consumo, e o Código Civil (sem prejuízo do que se disse a respeito da compra e venda mercantil, prevista no CCom) é aplicável a todas as outras.

O diploma aqui em causa diz "*aquele*", não diz "*pessoa singular*", o que tem levantado discussões doutrinárias pois nos demais diplomas (posteriores) sobre direito do consumo, e nomeadamente as diretivas, já houve o cuidado de vir dizer que consumidor é pessoa singular. Na Diretiva transposta não se dizia que era a pessoa *singular*, dizia-se que era a pessoa, acabando por ficar, com a sua transposição, *aquele*. Aquele é pessoa singular, sem dúvida, mas coloca-se a questão de saber se pode ser também pessoa coletiva.

Outra questão: A lei refere "*para uso não profissional*". Qual o sentido preciso desta previsão e poderá o regime ser aplicável no caso de a coisa vendida ser utilizada simultaneamente para os dois tipos de uso? O exemplo típico do advogado que compra um automóvel que usa para desenvolver a sua profissão, mas também usa para passear com a família e o automóvel tem defeito.

O Prof. Jorge Morais Carvalho (*Os contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, 2012) acentua o que já se disse, que “não existe um conceito único de consumidor” acrescentando que e “a divergência mais relevante consiste na inclusão ou exclusão das pessoas físicas ou coletivas que, numa relação jurídica concreta estabelecida com um profissional, atuam no âmbito de uma atividade económica, quando não tenham conhecimentos específicos no que respeita ao negócio em causa”. Dando conta que “a generalidade das diretivas comunitárias que se ocupam da matéria definem consumidor como a pessoa singular que atua com fins alheios às suas atividades comerciais ou profissionais”, acrescenta que no direito português podemos encontrar várias definições de consumidor”.

Segundo este autor, a noção de consumidor (consagrado na LDC e semelhantemente no DL 67/2003)⁴⁰ pode analisar-se com referência a 4 elementos: o elemento subjetivo, o objetivo, o elemento teleológico e o relacional. O elemento subjetivo (“**todo aquele**”) é bastante amplo, abrangendo todas as pessoas, físicas ou jurídicas (embora sofra uma restrição face ao elemento teleológico). O elemento objetivo também tem amplitude significativa (“**a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços e transmitidos quaisquer direitos**”) parecendo abarcar qualquer relação contratual, mas parece que *a ratio* do diploma se estenderá também às relações não contratuais (prestação de informações prevista no art. 8.º, n.º 1 da LDC, que pode estender-se a um negócio jurídico unilateral e também o artigo 12.º, n.º 2 da mesma Lei, que respeita à responsabilidade extracontratual do produtor). O elemento teleológico também consta da definição (“**destinados ao uso não profissional**”), adotando-se atualmente na LDC um expressão diferente da lei anterior (“uso privado”) embora essa circunstância não reflita qualquer diferença do ponto de vista dos sujeitos abrangidos. Nos casos de **uso misto** parece que o melhor critério para determinar se se trata de uma relação de consumo consiste no uso predominantemente dado ao bem, independentemente de este corresponder ao seu uso normal. No entanto, o TJUE, em 20.01.2005, concluiu que só assim pode ser entendido se “a utilização profissional for marginal, a ponto de apenas ter um papel despidendo no contexto

⁴⁰ Note-se que a qualificação como consumidor é matéria de direito, não tendo que ser alegada. Neste sentido, o Ac. do TJUE, de 4.06.2015 conclui que o tribunal está obrigado, sempre que disponha dos elementos de direito e de facto necessários para tal ou deles possa dispor mediante mero pedido de esclarecimento, a verificar se o comprador pode ser qualificado de consumidor na aceção da mesma diretiva, ainda que este não tenha expressamente invocado essa qualidade”.

global da operação em causa. Tratava-se, ainda assim, de determinar o Tribunal competente e não definir o regime substantivo mais favorável. A determinação do uso predominante deve aferir-se ao momento da celebração do contrato [ainda que se possam colocar outras duas hipóteses: o momento da entrega do bem ou prestação do serviço – Ac. do TRL de 8.06.2006 –, e o momento de utilização do bem ou serviço. A noção de consumidor tem ainda um elemento relacional, impondo que a contraparte (em relação ao consumidor) seja uma **“pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”**. O Prof. Menezes Cordeiro considera que é uma noção indevidamente estreita, pois os consumidores devem ser protegidos perante entidades que forneçam bens ou serviços sem caráter profissional ou sem visarem o lucro. Por exemplo, a oferta de brindes que não vise, de imediato, o lucro]. Face ao elemento teleológico assinalado (“uso não profissional”), a lei portuguesa parece clara no sentido da não inclusão das pessoas, físicas ou jurídicas, que atuam no âmbito de uma atividade económica no que respeita ao negócio em causa⁴¹.

Contra os argumentos de quem defende a noção restrita de consumidor, pode dizer-se: não parece correto sustentar-se que as pessoas são mais cuidadosas no tratamento que dão às tarefas profissionais do que às tarefas da sua vida privada; logo, às mesmas pessoas, comportando-se com o mesmo cuidado, são aplicadas regras diferentes, o que não parece justificar-se. Em relação à incerteza jurídica, cabe à pessoa, jurídica ou física que atue no âmbito da sua atividade, desde que não tenha especiais conhecimentos, e pretenda recorrer à proteção do consumidor, o ónus de provar a situação de debilidade. O terceiro argumento (a necessidade de estender reflexamente a aplicação do princípio da efetiva desproteção às pessoas físicas, não se aplicando as normas de proteção quando estas não se encontrem desprotegidas) não procede sempre, uma vez que a razão de ser da proteção está relacionada com a existência de um poder económico desproporcionado entre as partes. Além disso, o profissional que oferece bens ou serviços a outra pessoa está, em princípio, numa posição de superioridade face à outra parte, no que respeito ao que oferece. Os conhecimentos são também técnicos e não apenas jurídicos... Não será suficiente a uma pessoa conhecer a lei para se poder dizer que não existe desequilíbrio, especialmente se se pretende atribuir a esse conhecimento o efeito de obstar à aplicação dessa lei. Neste sentido, parece que a melhor solução, de *iure constituendo*, passa por não restringir a noção de consumidor às pessoas físicas, abrangendo também os profissionais – pessoas físicas ou jurídicas – que, na relação jurídica em concreto, não tenham conhecimentos especiais no que respeita ao seu objeto.

Ainda sobre o **conceito de consumidor**, é de todo o relevo o trabalho de investigação desenvolvido pelo Desembargador Fernando Baptista de Oliveira (*O Conceito de Consumidor – Perspetivas Nacional e Comunitária*, Almedina, 2009)⁴².

⁴¹ A OLX e o Custo Justo estabelecem relações de consumo (Jorge Morais Carvalho, *Manual de Direito do Consumo*, 3.ª edição, Almedina, 2016, pág. 23). Será duvidoso, se fizerem apenas intermediação, estabelecendo-se o negócio entre dois particulares, um que vende e outro que compra bens em segunda mão.

⁴² Algumas considerações trazidas pelo autor importa, com a devida vénia, transcrever, nesta ocasião: “A avalanche de legislação no âmbito da proteção do consumidor tornou cada vez mais imperiosa a necessidade de definir, com a maior precisão e consenso possíveis, esse “consumidor” a que tais normativos se dirigem. E se é certo que alguns **diplomas protectores do consumidor** já contêm uma noção de consumidor (para efeitos do respetivo diploma), outros há que, utilizando *ex abundantia* o termo *consumidor*, não fornecem qualquer noção desse conceito” [págs. 10/12] sendo que a noção constante da LDC é pouco

3. Conclusão

Com a precariedade que a palavra encerra, cumpre resumir as considerações que, com o auxílio direto dos autores citados, fomos fazendo:

3.1 – Ainda que a Lei seja geral e abstrata, só a sua real e concreta aplicação patenteia a respetiva virtualidade na resolução dos problemas que o relacionamento entre os sujeitos (as pessoas, sejam singulares ou coletivas) suscita.

3.2 – A compra e venda (o primeiro dos contratos, na ordem estabelecida pelo Código Civil) assume múltiplas tipologias, especialmente delimitadas pela finalidade específica do negócio jurídico e pela natureza e/ou posição relacional dos intervenientes.

3.3 – E como qualquer outro contrato, a compra e venda pode apresentar patologias e vícios, sejam estes atinentes ao negócio ou respeitem a vícios (defeitos, desconformidades) da coisa objeto de transação.

3.4 – A sanção dos vícios da coisa ou, dito de outro modo, os direitos conferidos ao comprador adquirente de coisa viciada (em sentido amplo,) são múltiplos e variam consoante a lei, o regime jurídico aplicável ao negócio celebrado.

3.5 – Sem pormenorizar, nesta sede, o regime pouco especial que os contratos de compra e venda comercial demandam, tanto mais que é flagrante (sem embargo das particularidades da compra e venda internacional) a sua similitude com o regime do Código Civil, sempre que

clara e pacífica e a divergência de interpretação tem-se manifestado na doutrina e na jurisprudência (...)” Em jeito de conclusão, refere o autor [págs. 135/138]: “Não se olvidando haver a tendência para a estabilização, quer na doutrina, quer na jurisprudência, à volta da aceitação do conceito estrito da noção de consumidor – em conformidade com a letra do art. 2.º, n.º 1, da LCD (...) – assim se tendendo a afastar uma interpretação lata que incluía, designadamente, comerciantes em situação jurídica diversa da que corresponda à sua situação profissional; outrossim se conhecendo a tendência para rejeitar a aplicação do conceito às pessoas jurídicas ou pessoas coletivas; ainda, sem embargo de não se poder olvidar a por demais evidente importância de uma clara definição da noção de consumidor – desde logo, para definição do âmbito de aplicação ou abrangência do art. 60.º da Constituição da República Portuguesa, bem assim como de outros diplomas legais que, embora fazendo referência ao consumidor, porém o não definem -, o certo é que a questão é assaz vasta, complexa, de forma alguma podendo ser enclausurada na torre de uma interpretação puramente literal e assaz reducionista. Antes deve ser vista na dinâmica do caso concreto, na ponderação dos valores (máxime a equidade) e interesses que lhe estão subjacentes, na análise do estatuto concreto que as partes têm na (dinâmica) relação contratual. Só assim se poderá perceber que, por vezes, se estenda tal conceito, designadamente; àquelas pessoas jurídicas ou pessoas coletivas e se aceite que, v.g., por via da equidade se justifique – nas doudas palavras do prof. Calvão da Silva [Compra e Venda de Coisas Defeituosas... 4.ª edição, págs. 121/122] – *“a extensão da proteção especialmente prevista para o consumidor-homem débil ao profissional cuja atividade seja modesta (pequena empresa, pequeno comércio, pequena exploração agrícola) e aja fora da sua competência específica, apresentando-se no contrato concreto realmente tão leigo e profano perante a alta tecnicidade do produto adquirido como qualquer normal consumidor”*. É a consideração do designado **princípio da vulnerabilidade** – que cremos ter sido um pouco esquecido na noção legal, bem assim como na noção geral que resulta da noção de consumidor em sentido estrito (...) Haverá imenso que pensar e repensar sobre quem é – e/ou deve ser – afinal, esse consumidor merecedor da especial proteção que o legislador preveniu (...) **o direito é feito para resolver os problemas reais das pessoas, na ponderação da problemática específica do caso concreto. E as razões que justificam a proteção do consumidor/pessoa singular podem bem, por vezes, aplicar-se aos próprios profissionais, empreiteiros ou pessoas coletivas”**.

equacionamos um problema de compra e venda de coisas defeituosas (desconformes) estamos a indagar qual o âmbito aplicativo daquele Código, no cotejo com outros diplomas.

3.6 – E, nesse enquadramento, o que especialmente releva é a distinção da compra e venda (pura e simples) e da compra e venda enquanto tradução de um contrato celebrado com um consumidor ou, mais rigorosamente, de uma compra e venda enquanto reveladora de uma relação de consumo.

3.7 – Daí a importância da definição da relação de consumo, enquanto elemento definidor do negócio (compra e venda) ao qual há que aplicar um regime específico, e diverso do previsto no Código Civil.

3.8 – Regime este que tem a sua causa, a sua motivação ou razão de ser, na proteção do consumidor.

3.9 – Por isso, a relevância preponderante da noção de consumidor, enquanto elemento necessário à emergência aplicativa de um determinado regime jurídico.

3.10 – Com o contributo da doutrina e da jurisprudência, a noção de consumidor tem-se alargado no sentido de, salvo quando determinado diploma expressamente a afasta, não ficar contida à natureza singular ou coletiva da pessoa do comprador e, em vez disso, exigir que, perante as vicissitudes de cada caso concreto, se indague a presença da causa fundante do regime de maior proteção. Este é, salvo melhor saber (e ainda que não seja consensual), o principal elemento interpretativo que nos conduzirá a um regime ou a outro, quando esteja em causa a “compra e venda de coisas defeituosas”.

E porque as circunstâncias de cada caso concreto são os elementos que melhor determinarão o âmbito da aplicação normativa, importa terminar, em jeito exemplificativo, dando conta de

4. Algumas decisões da Jurisprudência⁴³:

4.1 Supremo Tribunal de Justiça. 28.04.2016⁴⁴

91/11.9TBBAO.P1.S1 – Relator: Conselheiro Abrantes Geraldês

“Ao comprador de coisa que sofra de vício que a desvalorize ou que não tenha as qualidades asseguradas pelo vendedor é conferido, além do mais, o direito de pedir a anulação do

⁴³ Todas as decisões citadas podem ser consultadas na dgsi”.

⁴⁴ Sumário: (...) 2. O comprador de coisa defeituosa pode pedir a anulação do contrato por erro sobre o objecto negocial, desde que o vendedor conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o comprador, do elemento sobre que incidiu o erro, nos termos dos arts. 251º e 247º, ex vi arts. 911º e 913º do CC. 3. A essencialidade do erro é um conceito de direito que deve ser deduzido dos factos provados e das circunstâncias que os rodeiam. 4. Verifica-se a essencialidade do erro num contrato de compra e venda de um veículo usado celebrado entre dois sujeitos que se dedicam a essa atividade comercial, tendo o vendedor informado o comprador que o veículo tinha apenas 82.000 Kms quando, afinal, tinha, pelo menos, 138.410 Kms, e tendo sido fixado o preço em €28.000,00 quando o valor do veículo não excedia cerca de €17.500,00.

contrato com fundamento em erro, desde que se verifiquem os requisitos legais da anulabilidade (art. 905º, ex vi art. 913º do CC). Direito a que poderá acrescer uma indemnização pelos danos emergentes do contrato, independentemente da culpa do vendedor, nos termos dos arts. 909º e 915º do CC.

Quedando-nos pela anulação do contrato – já que o pedido de indemnização ainda dependerá da fixação definitiva da matéria de facto provada e não provada, nos termos que anteriormente foram determinados – decorre do art. 251º do CC que esse é o efeito de “erro que atinja os motivos determinantes da vontade” e “se refira ... ao objecto do negócio”. Para tal basta que também se verifiquem as circunstâncias previstas no art. 247º, ou seja, que “o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro” (cfr. o Ac. deste STJ, de 15-5-12, dgsi).

Na apreciação dos elementos normativos e na sua intersecção com a matéria de facto provada não podem ignorar-se as circunstâncias específicas do negócio, assim como a atividade exercida por cada uma das partes, sendo que, para o que agora nos interessa, tanto a A. como o R. se dedicam à compra e venda de automóveis com fins lucrativos. São, pois, conhecedores das regras e dos riscos desse negócio e do modo como se determina o valor de veículos automóveis em segunda mão, importados ou não do estrangeiro. Assim foi feito no Ac. deste STJ, de 31-5-04 (dgsi), num caso semelhante em que também fora adulterada a quilometragem de um veículo.

Por outro lado, para a aferição dos elementos que integram o vício é indiferente o elemento subjetivo acerca do aspecto negocial sobre que incidiu o erro. Apesar de não estar demonstrado que foi o R. quem viciou o conta-quilómetros do veículo que vendeu à A. ou que nessa data tinha conhecimento de que a viciação havia ocorrido, tal não interfere no resultado, sendo importante, isso sim, que o erro em que a A. incorreu tenha incidido sobre aspectos essenciais para a sua vontade de contratar que o R. conhecesse ou, pelo menos, não devesse ignorar.

Como refere Antunes Varela, no CC anot., à margem do art. 913º, são as deficiências de carácter objectivo que anteriormente enuncia, “mais do que o erro do comprador ou o acordo negocial das partes – que servem de real fundamento aos direitos concedidos por lei ao comprador e que justificam, pela especial perturbação causada na economia do contrato, os desvios contidos nesta secção ao regime comum do erro sobre as qualidades das coisas”.

Sobre a matéria cfr. ainda Pedro Pais de Vasconcelos, Teoria Geral do Direito Civil, 8ª ed., pág. 580.

(...) Num contexto em que ambas as partes eram comerciantes do ramo automóvel e em que, como é do conhecimento geral, o valor comercial dos veículos (maxime de veículos usados importados do estrangeiro) é direta e essencialmente influenciado pelo seu estado de conservação e ainda, numa escala elevada, pela idade e pela quilometragem percorrida, não pode duvidar-se de que a divergência entre o que o contador mostrava e a quilometragem efetiva constituía um factor essencial para a A. no que concerne à sua opção de comprar, para revenda, facto que o R. seguramente não deveria ignorar.

O facto de a A. ter destinado efetivamente o veículo à revenda e de, além disso, ter sido posteriormente confrontada com uma ação de anulação com fundamento na mesma divergência respeitante à quilometragem do veículo, obrigando-a a restituir a quantia recebida, apenas confirma o que a demais matéria de facto já revela.

Neste contexto, não pode afirmar-se de modo algum, como o fez a sentença de 1ª instância, que a A. adquiriria, ainda assim, o veículo por um preço inferior. Nada permite afirmar que, mesmo assim a A. o viria a adquirir, não devendo olvidar-se que se tratava de um veículo importado, de marca Mercedes, em que os factores aspecto/conservação e idade/quilometragem exercem um enorme reflexo nas opções de compra e na fixação do preço comercial.

O facto de a A. exercer a atividade de compra e venda de veículos não permite afirmar que todo e qualquer veículo que lhe fosse apresentado fosse pela mesma adquirido para revenda. E não permite seguramente afirmar que a A. adquiriria o veículo se soubesse que, afinal, o mesmo já tinha mais de 146.000 Kms, pagando pelo mesmo um preço inferior.

A matéria de facto apenas revela que a A. estava legitimamente convencida de que o veículo tinha uma quilometragem inferior à real e foi por isso que acedeu a entregar ao R. a quantia de €28.000,00.

A verificação da essencialidade ou não do erro sobre o objecto negocial não pode constituir um mero exercício retórico, jamais devendo perder-se de vista as concretas circunstâncias que rodeiam cada contrato e as implicações futuras do erro no contexto da atividade exercida pelo comprador do veículo com um dos seus elementos essenciais viciado.

Enfim, a A. propôs-se adquirir um veículo que, aparentando ter 82.000 Kms, foi valorizado em €28.000,00, quanto, afinal, teria cerca de 148.000 Kms e o seu valor comercial não ultrapassaria cerca de € 17.500,00, sendo, por isso, essencial o erro em que incorreu, essencialidade que o R., se porventura não conhecia, não poderia deixar de conhecer, uma vez que exercia a atividade precisamente na mesma área em que a A. o fazia.”

4.2. Supremo Tribunal de Justiça. 2.06.2016⁴⁵

⁴⁵ Sumário: I - Os dispositivos médicos são produtos submetidos ao regime jurídico da responsabilidade civil do produtor, aprovado pelo DL n.º 383/89, de 06-11, alterado pelo DL n.º 131/2002, de 24-04. II – Por produto defeituoso entende-se – não aquele que é inapto para o fim a que se destina – mas que carece de segurança, a legitimamente esperada, decorrente de um defeito de conceção, de fabrico ou de informação. III - Porém, se um dispositivo médico for inapto a cumprir com a respetiva finalidade e com isso acarretar riscos para a saúde e/ou integridade física do utilizador, deve ser considerado produto defeituoso para efeitos de aplicação do regime do DL n.º 383/89. IV- Considera-se produto defeituoso o dispositivo médico com funções de medição, concretamente utilizado por consumidor – um teste para detecção semiquantitativa do antígeno específico da próstata (PSA), denominado «On call PSA», com a ref.ª TPS 402 – incapaz de cumprir os requisitos de desempenho, ao tempo de vida em prateleira atribuído de 24 meses, podendo produzir resultados de PSA falsos negativos no limite de deteção ou na proximidade deste e conduzir, por sua vez, a um diagnóstico errado ou a um atraso no diagnóstico do cancro da próstata. V - Em ação de efetivação de responsabilidade civil do produtor, incumbe ao autor o ónus de alegação e prova do defeito, dano e nexos causal entre o defeito e o dano, nos termos gerais do art. 342.º, n.º 1, do CC. VI - Na referida ação, uma vez provado o defeito, caberá ao produtor ilidir a presunção da existência deste ao momento da sua

2213/10.8TVLSB.L1.S1 – Relator - Conselheiro Orlando Afonso

“Rege esta matéria o Decreto-Lei n.º 383/89, de 06 de novembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24 de abril. Aquele diploma transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros em matéria da responsabilidade decorrente de produtos defeituosos.

Estabelece, no art. 1.º, a responsabilidade objectiva do produtor ao prever que é este responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação. Prevê a hipótese em que o facto gerador da responsabilidade não é uma conduta deficiente, mas o defeito do produto posto em circulação. O art. 2.º prevê uma noção ampla de produtor, entendendo-se este como o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria-prima, e ainda quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo. Por produto, diz-nos o art. 3.º, entende-se qualquer coisa móvel, ainda que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel. É neste conceito, que se integra o dispositivo médico, o teste, em causa nos autos.

É este defeituoso – segundo o art.4.º - quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção, todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação, não se considerando como tal um produto pelo simples facto de posteriormente ser posto em circulação outro mais aperfeiçoado. Produto sem defeito é o produto seguro, mesmo que inapto a satisfazer o fim a que se destina.

O cerne desta noção está na segurança do produto e não na aptidão ou idoneidade deste para a realização do fim a que é destinado (que é o conceito determinante para efeitos de aplicação da garantia e responsabilidade contratual - cf. art. 913.º do CC, o regime da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, alterada pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho, e o regime do DL n.º 67/2003, de 08 de Abril, alterado pelo DL n.º 84/2008, de 21 de Maio).

Não se exige, porém, uma segurança absoluta: basta a segurança com que se possa legitimamente contar, isto é, a segurança com que o lesado, consumidor concreto pode contar – uma expectativa subjetiva – e ainda aquela com que o “público em geral” ou o conjunto global dos consumidores pode esperar como normal – uma expectativa objectiva, a avaliar, casuisticamente, tendo em atenção a peculiaridade do produto em causa e todas as circunstâncias do caso, nomeadamente, às exemplificativamente previstas na lei, como a apresentação do produto, a utilização razoável do produto (incluindo o fim normal e outros usos razoavelmente previsíveis) e o momento da sua entrada em circulação (o momento atendível para a existência do defeito é o da comercialização do produto e não o da ocorrência do defeito; isto sem implicar que do seu aperfeiçoamento ulterior se possa inferir a existência de defeito naquela data), entre outros (por exemplo, as normas técnicas vigentes à data da

comercialização, mediante a prova da probabilidade ou razoabilidade da sua inexistência nessa data (art. 5.º, al. b), do DL 383/89 e art. 342.º, n.º 2, do CC).

comercialização) (Calvão da Silva, A Responsabilidade Civil do Produtor, Coleção Teses, Almedina, 1990, págs. 633 e seguintes).

A falta de segurança de um produto pode decorrer de um defeito de concepção (por exemplo, no caso dos dispositivos médicos, decorrente de uma insuficiente investigação clínica – arts.12.º e seguintes do DL n.º 145/2009), de fabrico (adveniente, v.g., de deficiências ao nível do controlo de produção) ou de informação (quando, por exemplo, o produto é omissivo quanto aos cuidados que o consumidor/utilizador deve respeitar – exige o art.65.º do DL n.º 145/2009, que as instruções sejam claras, precisas e sucintas).

O defeito de informação, tratando-se de dispositivos médicos, tendencialmente terá um conteúdo mais amplo, na medida em que está naturalmente associado a uma extensão da obrigação de informação a que o produtor se encontra adstrito: os produtores estão vinculados a vigiar continuamente o seu produto e a acompanhar o estado da técnica, recaindo sobre eles a obrigação de informar acerca dos riscos entretanto detectados, ou mesmo a retirar o dispositivo do mercado.

Os possíveis riscos e outras informações associadas à utilização do produto deverão constar de um folheto disponibilizado com o mesmo (art. 49.º do DL n.º 145/2009), configurando-se, nesta parte, como medida da expectativa de segurança do dispositivo médico a medida da informação do utilizador/consumidor/paciente. Isto é, quanto mais informado estiver, maior é a margem de segurança do produto.

Visto que o defeito de segurança e o defeito de eficácia não se confundem, posto é que existem casos em que a falta de idoneidade do bem para o fim visado se confunde com a sua falta de segurança.

Trata-se de confluência que é particularmente evidente no caso de dispositivos médicos: sendo pertinentes com a saúde e a integridade física da pessoa, o simples facto de não estarem aptos a cumprir com a respectiva finalidade pode acarretar riscos para a saúde e/ou integridade física do utilizador. Por exemplo, as tiras de glicemia que são incapazes de medir com rigor o valor glicémico. O mesmo se dirá do teste em causa nos autos: falhando na realização do fim a que se destina, isto é, a medição precisa e exata de parâmetros, torna-se inseguro para o doente, visto não permitir aceder a um valor fiável – o dito “falso negativo” - comprometendo o diagnóstico, por um lado, e ludibriando a necessidade de recurso a meios complementares de diagnóstico, por outro.

Aqui residiria o defeito do produto, talqualmente foi reconhecido pela ré que, cumprindo com a obrigação de informação e cuidado a que estava adstrita, tomou medidas adicionais de segurança, a par da atuação do Infarmed, decidindo pela retirada dos dispositivos do mercado. Contudo, o defeito apenas é defeito em sentido propriamente considerado para efeitos de responsabilidade civil do produtor, se o produto for, em concreto, utilizado pelo consumidor / paciente e neste se hajam repercutido as consequências daquele.

Esta concretização – muito embora considerada assente sob os pontos 8 e 9 pela 1.ª instância – não está provada no processo, conforme decidiu o acórdão recorrido ao eliminar essa factualidade, decisão que não foi objecto de sindicância por parte do autor em sede de revista, que se limitou a impugnar o modo de aplicação das regras de distribuição do ónus da prova. Como tal, não se tendo provado que “os testes «On Call PSA, PS 402» efectuados ao A. apresentavam alteração na estabilidade do produto que punha em causa a sua validade fixada em vinte e quatro meses” e que “por esse motivo, os aludidos testes produziram resultados de falsos negativos de nível da PSA”, não se pode afirmar que o defeito do produto usado pelo autor esteja cabalmente demonstrado nos autos.

O ónus da alegação e prova do defeito incumbia ao autor.

Na realidade, no que respeita aos factos constitutivos do direito de indemnização que pretende fazer valer, tendo por base a responsabilidade civil do produtor, têm aplicação as regras gerais de distribuição do ónus da prova, constantes do Código Civil – art. 342.º -, não se vislumbrando qualquer especificidade: de harmonia com o n.º 1 deste preceito legal, caberia ao autor/consumidor/utilizador provar o defeito, o dano e o nexo causal entre o defeito e o dano.

Já no que tange a factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado – onde se integra a matéria do art. 5º do DL 383/89 –, o ónus da respectiva alegação e prova caberia à ré/produtora, conforme o n.º 2 do mesmo artigo.

De facto, para afastar uma responsabilidade absoluta, sem limites, do produtor, enuncia o art. 5º do DL 383/89, seis causas de exclusão de responsabilidade que o mesmo deve provar, entre as quais, a prevista na al. b): “Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação”.

Nesta hipótese, a que nos ocupa, o legislador possibilita ao produtor que ele demonstre que os defeitos causadores dos danos não lhe são imputáveis, mas não exige que ele prove a inexistência do defeito quando pôs o produto em circulação. É suficiente para a exclusão da responsabilidade do produtor a prova de que, tendo em conta as circunstâncias, é plausível ou razoável a inexistência do defeito, aquando da colocação do produto em circulação.

O produtor não tem que provar nenhum facto positivo, ou seja, de que o defeito surgiu após a entrada em circulação do produto e é imputável a terceiro ou à própria vítima, mas sim o facto negativo da probabilidade ou razoabilidade da sua não existência ao momento em que o pôs em circulação (basta, por exemplo, alegar e provar que o produto funcionou bem durante alguns anos, devendo ter-se em conta o tempo de uso do produto, pois quanto mais longo for, maior a possibilidade de o defeito não existir à data em que foi colocado em comercialização). Repete-se, em matéria de distribuição do ónus da prova, este regime não apresenta nenhuma exceção às regras gerais previstas no Código Civil, nomeadamente, no seu art. 342.º.

Por conseguinte, querendo efetivar a responsabilidade civil objectiva do produtor, incumbe ao lesado provar o defeito (o dano e o nexo causal) – a falta de segurança legitimamente

esperada –, embora não se exija que especifique se é defeito de concepção, de fabrico ou de informação, defeito que, afinal, é facto constitutivo da sua pretensão (art. 342.º, n.º 1, do CC). Não tem de provar, porém, a existência do defeito no domínio da organização e risco do produtor no momento em que o produto foi por este posto em circulação, existência essa que é presumida por lei, cabendo ao produtor, para efeitos de exclusão da sua responsabilidade, a prova da probabilidade ou razoabilidade da inexistência do defeito a esse momento, o que, afinal, configura facto impeditivo da pretensão de indemnização (art. 342.º, n.º 2, do CC).

Porém, o produtor apenas terá de ilidir a presunção de existência do defeito ao momento da sua comercialização se o defeito estiver demonstrado.

Como vimos, não está provado o defeito do teste que o autor concretamente usou, razão pela qual não se pode afirmar que caberia à ré alegar e provar os factos constitutivos da apontada causa de exclusão de responsabilidade.

Nem tão pouco se pode afirmar – como pretende o autor – que incumbiria à ré provar que os testes utilizados pelo autor não pertenciam aos lotes retirados do mercado.

Primeiro, é um facto negativo de cuja falta de prova não se podem extrair consequências, nomeadamente de prova do facto contrário, dado que não se subsume a nenhum facto impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado que incumbisse à ré demonstrar.

Segundo, o mesmo facto, mas formulado na positiva (que os testes utilizados pelo autor faziam parte dos lotes retirados do mercado), esse sim, trata-se de facto que integra a noção de defeito, portanto, de facto constitutivo do direito indemnizatório que pretende fazer valer nesta ação.

Acresce que nenhuma razão legal existe para inverter o ónus da prova, de modo a afirmar que passaria a incumbir à ré a prova de tal facto, dado que a presunção que beneficia ao lesado, não é uma presunção de defeito, mas de existência do mesmo ao momento da sua comercialização, por um lado, e não consta do processo – nomeadamente, na fase de instrução – que a ré haja, culposamente, tornado impossível a prova ao autor (cf. art. 344.º, n.º 2, do CC), por outro, tanto mais ter sido o mesmo alegado pelo autor no seu articulado inicial.

4.3. Relação de Coimbra. 8.11.2011⁴⁶

⁴⁶ Sumário: I - Os prazos de caducidade previstos no art. 917º do Cód. Civil para a ação de anulação de venda de coisa defeituosa aplicam-se aos demais meios de reação do comprador contra aquela venda: reparação/substituição da coisa, redução do preço, resolução do contrato ou indemnização. II - Prevendo a Directiva Comunitária nº 1999/44/CE de 25-05-1999 que os meios de defesa do comprador-consumidor de coisa defeituosa ali previstos: - reparação/substituição da coisa, redução do preço e rescisão -, não possam caducar antes de decorridos dois anos da entrega da coisa em causa, não respeitou tal norma o Dec. Lei nº 67/2003 de 8/4 que declarando proceder à transposição da Directiva, manteve o prazo de seis meses para a caducidade daqueles direitos que já constava quer da lei de Defesa do Consumidor - Lei nº 24/96 de 31/7 - quer do art. 917º do Cód. Civil. III - As Directivas Comunitárias têm aplicação direta no ordem jurídica interna - mesmo entre particulares, ou seja, têm efeito horizontal -, mesmo que não transpostas ou transpostas em

964/07.3TBMGR.C2 – Relator: Desembargador Falcão de Magalhães

“(…) diz-se, na sentença, com clareza irrefutável, que o que legitimava a resolução do contrato, por parte da autora, estando em causa uma compra e venda por parte de um consumidor, era, à luz do regime instituído pelo DL nº 67/2003 (artº 4º, nº 1) na redação anterior àquela que lhe introduziu o Dec. Lei 84/2008, a falta de conformidade do bem vendido com o contrato, o que foi assim explicitado: «Na data em que a autora adquiriu o veículo, o mesmo mostrava ter a quilometragem de 47.900 Km. Na sequência de uma assistência prestada em Maio de 2006, nas oficinas da Renault em Leiria, constatou-se que anteriormente a viatura havia sido assistida noutra oficina da mesma marca, apresentando à data 147.000 Km, concluindo-se assim que o instrumento de medição de quilómetros havia sido alterado. Ora, não se pode pretender que um veículo automóvel usado tenha idênticas características, caso tenha 47.900 Km ou caso tenha 147.000 Km. Precisamente no mercado de automóveis usados, trata-se de um item que assume especial importância, uma vez que se espera um desempenho e uma durabilidade diferentes num e noutro caso, com implicações óbvias na determinação e aceitação do preço.

O veículo adquirido pela autora, tendo na realidade uma quilometragem superior a 147.000 Km, não pode naturalmente ter uma qualidade e desempenho idêntica à de um veículo da mesma marca e modelo com apenas 47.900 Km, razão pela qual entendemos verificada a condição a que se alude na alínea d) do artº 2º nº 2 do Dec. Lei 67/2003. Se assim é, uma vez que tal falta de conformidade existia à data da entrega do bem, independentemente de qualquer culpa dos réus, que aliás não resulta dos factos provados, tem a autora o direito de resolver o contrato, nos termos do artº 4º nº 1 do Dec. Lei 67/2003».

Insurge-se a Apelante, mas sem razão, quanto a ter-se entendido “in casu”, fazer-se a aplicação direta da mencionada Diretiva n.º 1999/44/CE.

Na verdade, é de perfilhar o entendimento seguido no Acórdão do STJ de 12 de Janeiro de 2010 (Revista n.º 2212/06.4TBMAI.P1.S1), aresto este que a sentença, confessadamente, seguiu de perto, e cujo sumário aqui se reproduz, na parte que releva [3]:

«I - Os prazos de caducidade previstos no art. 917º do Cód. Civil para a ação de anulação de venda de coisa defeituosa aplicam-se aos demais meios de reação do comprador contra aquela venda: reparação/substituição da coisa, redução do preço, resolução do contrato ou indemnização.

II - Prevendo a Diretiva Comunitária nº 1999/44/CE de 25-05-1999, que os meios de defesa do comprador-consumidor de coisa defeituosa ali previstos: - reparação/substituição da coisa, redução do preço e rescisão -, não possam caducar antes de decorridos dois anos da entrega da coisa em causa, não respeitou tal norma o Dec. Lei nº 67/2003 de 8/4 que, declarando proceder à transposição da Diretiva, manteve o prazo de seis meses para a caducidade

termos que as violem, desde que haja decorrido o prazo para a sua transposição e sejam suficientemente claras e precisas, se mostrem incondicionais e não estejam dependentes da adopção de ulteriores medidas complementares por parte dos Estados Membros».

daqueles direitos que já constava quer da Lei de Defesa do Consumidor - Lei nº 24/96 de 31/7 - quer do art. 917º do Cód. Civil. III - As Diretivas Comunitárias têm aplicação direta no ordem jurídica interna - mesmo entre particulares, ou seja, têm efeito horizontal -, mesmo que não transpostas ou transpostas em termos que as violem, desde que haja decorrido o prazo para a sua transposição e sejam suficientemente claras e precisas, se mostrem incondicionais e não estejam dependentes da adoção de ulteriores medidas complementares por parte dos Estados Membros».

Ora, no caso “sub judice”, como se refere na sentença impugnada, tendo o veículo em causa sido entregue em Julho de 2005, à data da instauração da ação, que ocorreu em 29/05/2007, ainda não havia decorrido o mencionado prazo de caducidade de 2 anos. Assim, bem se decidiu ao julgar-se improcedente a exceção da caducidade relativa ao direito de resolução do contrato.”

4.4. Relação do Porto. 2.03.2015⁴⁷

9455/09.7TBMAI.P1 – Relator: Desembargador Caimoto Jácome

“Exemplo de contrato bilateral ou sinalagmático é o contrato de compra venda – ver arts 874º (noção) e 879º (efeitos), do Código Civil (CC). Como contrato que é, esse negócio jurídico deve ser pontualmente cumprido, ou seja, o cumprimento deve coincidir ponto por ponto com a prestação a que o devedor se encontra adstrito (art. 406º, nº 1, do CC). Decorre do artº 762º, nº 1, do CC, que o devedor cumpre a obrigação quando realiza integralmente a prestação a que está vinculado. Atendendo ao efeito ou resultado, existem três formas de não cumprimento: a falta de cumprimento ou incumprimento definitivo, a mora ou atraso no cumprimento e o cumprimento defeituoso (A. Varela, Das Obrigações em Geral, 9ª ed., II, págs. 62 e segs., e M.J. Almeida Costa, Direito das Obrigações, 7ª ed., págs. 927 e segs., I. Galvão Teles, Direito das Obrigações, 7ª ed., p. 299 e segs.).

⁴⁷ Sumário: I - A existência de um contrato de compra e venda de um automóvel usado celebrado entre um profissional e um consumidor ou comprador não profissional, ou seja, uma pessoa singular que adquire a fornecedor profissional bens ou serviços para uso não profissional (artº 2, nº 1, da Lei nº 24/96, de 31/07 - LDC), configura um contrato de compra e venda de bem de consumo e só para esse caso é que vale o regime jurídico específico da venda de bens de consumo (artºs 1 nº 1, 1-A do Decreto-Lei nº 67/2003, na redação do artº 1 do Decreto-Lei nº 84/2008); II - A manifesta “desconformidade face ao contrato de compra e venda” celebrado pelas partes, resultante da discrepância entre a comprovada real quilometragem da viatura muito antes da data em que foi vendida ao apelante, confere ao autor (comprador consumidor) o direito de resolução contratual previsto no aludido artº 4º do DL nº 67/2003; III - A regra de que a resolução tem eficácia retroativa (nº 1 do artº 434º, do CC), sendo equiparada, quanto aos efeitos, à nulidade ou anulabilidade (artigo 433º), tem de ser conjugada com diversos preceitos que se destinam justamente a evitar que, por essa via, uma das partes enriqueça, injustificadamente, à custa da outra; Assim resulta, por exemplo, do disposto no nº 2 do artigo 432º, do nº 2 do artigo 434º (cujo espírito, segundo Calvão da Silva – op. cit., pág. 85 – pode justificar a redução do valor a restituir por força da resolução, em caso de utilização do bem pelo consumidor) ou nos nºs 1 e 3 do artigo 289º e no artigo 290º. IV - Não sendo, no caso, possível ao autor restituir ao demandado o automóvel ZN no estado em lhe foi entregue, deverá ser deduzido do preço a restituir a desvalorização da viatura decorrente da utilização desta durante cerca de um ano, cuja determinação se remete para liquidação (incidente regulado no artº 358º e seguintes do CPC).

A falta de cumprimento ocorre quando a prestação deixou de ser executada no devido tempo e já não pode ser cumprida e/ou por se tornar impossível (arts. 801º e 802º, do CC).

O cumprimento defeituoso traduz-se numa forma de violação da obrigação (violação contratual positiva). O cumprimento efectuado não corresponde à conduta devida. Constitui uma das espécies da figura genérica do cumprimento inexato, ou seja, aquele em que a prestação efectuada não tem os requisitos idóneos (v.g. qualitativos ou quantitativos) a fazê-la coincidir com o conteúdo do programa obrigacional, tal como este resulta do contrato e do princípio geral da correção e boa fé (A. Varela, ob. cit., p. 126-131 e, também, M. J. Almeida Costa, ob. cit., p. 947-952). A consequência mais importante do cumprimento defeituoso é a obrigação de ressarcimento dos danos causados ao credor (artº 798º, do CC).

Quanto à causa da falta de cumprimento existem duas modalidades de não cumprimento: inimputável ao devedor e imputável ao devedor. Só nos casos de não cumprimento imputável ao devedor se pode rigorosamente falar em falta de cumprimento.

À compra e venda de coisa defeituosa aplica-se o estatuído nos arts. 905º, e segs., e 913º e segs., do CC, e, bem assim, na perspectiva do incumprimento ou cumprimento defeituoso, o estatuído nos arts. 798º e segs. e 918º, do CC (ver, a propósito, o proficiente Ac. do STJ, de 25/10/2012 e a doutrina aí citada, acessível em dgsi). A coisa é defeituosa se tiver um vício ou se for desconforme atendendo ao que foi acordado. O vício corresponde a imperfeições relativamente à qualidade normal das coisas daquele tipo, enquanto a desconformidade representa a discordância com respeito ao fim acordado (falta de qualidades asseguradas pelo vendedor). Daqueles normativos pode concluir-se que a lei concede ao comprador de coisa defeituosa os seguintes direitos:

- Anulação do contrato por erro ou dolo, verificados os respetivos requisitos de relevância exigidos pelo art. 251.º do Cód. Civil (erro sobre o objeto) e pelo art. 254.º do Cód. Civil (dolo);
- Redução do preço, quando as circunstâncias do contrato mostrarem que, sem erro ou dolo, o comprador teria igualmente adquirido os bens, mas por um preço inferior (art. 911.º do Cód. Civil);
- Indemnização do interesse contratual negativo, traduzido no prejuízo que o comprador sofreu pelo facto de ter celebrado o contrato, cumulável com a anulação do contrato ou redução do preço (arts. 908.º, 909.º e 911.º, por força do art. 913.º, todos do Cód. Civil)
- Reparação da coisa ou, se for necessário e esta tiver natureza fungível, a sua substituição (art. 914.º, 1.ª parte), independentemente de culpa do vendedor, se este tiver obrigado a garantir o bom funcionamento da coisa vendida, quer por convenção das partes, quer por força dos usos (art. 921.º, n.º 1, Cód. Civil).
- Independentemente disso, o comprador pode escolher exercer autonomamente a ação de responsabilidade civil pelo interesse contratual positivo decorrente do cumprimento defeituoso ou inexato, presumidamente imputável ao devedor (arts. 798.º, 799.º e 801.º, n.º

1, todos do Cód. Civil), sem fazer valer outros remédios, ou seja, sem pedir a resolução do contrato, a redução do preço, a reparação ou a substituição da coisa defeituosa.

Observa Luís Menezes Leitão, (Direito das Obrigações, Vol. III, Contratos em Especial, pág. 120), "(...) A aplicação do regime da venda de coisas defeituosas assenta em dois pressupostos de natureza diferente, sendo o primeiro a ocorrência de um defeito e o segundo a existência de determinadas repercussões desse defeito no âmbito do programa contratual.

(...) Feitas estas prévias, genéricas e porventura extensas, embora necessárias, considerações de natureza normativa e doutrinal, a propósito do regime geral constante da lei substantiva (Código Civil) sobre a compra e venda de coisa defeituosa e do incumprimento ou cumprimento defeituoso, atendendo ao pedido principal formulado pelo autor, importa, agora, ponderar a aplicação, no caso, de legislação específica, concretamente Lei nº 24/96, de 31/07 (Lei de Defesa do Consumidor (LDC)) bem como do regime jurídico específico da venda de bens de consumo (Decreto-Lei nº 67/2003, na redação dada pelo Decreto-Lei nº 84/2008, de 21 de Maio).

Com efeito, evidencia-se, no caso, a existência de um contrato de compra e venda de um automóvel usado celebrado entre um profissional (o réu vendedor) e um consumidor ou comprador não profissional (o autor comprador), ou seja, uma pessoa singular que adquire a fornecedor profissional bens ou serviços para uso não profissional (artº, 2 nº 1, da LDC).

Quer dizer, para que o contrato seja de compra e venda de bem de consumo, há de tratar-se de compra e venda celebrada entre vendedor profissional e comprador consumidor ou comprador não profissional, e só para esse caso é que vale o regime jurídico específico da venda de bens de consumo (artºs 1 nº 1, 1-A do Decreto-Lei nº 67/2003, na redação do artº 1 do Decreto-Lei nº 84/2008, de 21 de Maio).

O consumidor tem direito, entre outros, à qualidade dos bens e serviços, e os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor (arts 3º, nº 1, al. a), e 4º, da LDC). Tem, ainda, direito à indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos, sendo que o produtor desses bens é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos de produtos que coloque no mercado, nos termos da lei (artº 12º, da LDC). Por outro lado, o vendedor é responsável perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista no momento da entrega do bem. E, em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, o consumidor tem direito a que esta seja reposta sem encargos, por meio de reparação ou de substituição, à redução adequada do preço ou à resolução do contrato (arts 3º e 4º, nº 1, do DL n.º 67/2003).

Relativamente à aparente alternativa de direitos estabelecida no nº 1 do artº 4º, observa J. Calvão da Silva (Venda de Bens de Consumo, 2º ed., págs. 82 e 83) que "o consumidor tem o poder-dever de seguir primeiramente e preferencialmente a via da reposição da conformidade

devida (pela reparação ou substituição da coisa) sempre que possível e proporcionada, em nome da conservação do negócio jurídico, tão importante numa economia de contratação em cadeia, e só subsidiariamente o caminho da redução do preço ou resolução do contrato”.

(...) Haverá, presuntivamente, desconformidade com o contrato nas seguintes situações: a) Não serem conformes com a descrição que deles é feita pelo vendedor ou não possuírem as qualidades do bem que o vendedor tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo; b) Não serem adequados ao uso específico para o qual o consumidor os destine e do qual tenha informado o vendedor quando celebrou o contrato e que o mesmo tenha aceitado; c) Não serem adequados às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo; d) Não apresentarem as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e, eventualmente, às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem (artº 2º, nºs 1 e 2, que não diverge, no essencial, do conceito reflectido no artº 913º, do CC - ver Calvão da Silva, Venda de Bens de Consumo-Comentário, 2ª ed., pág. 95).

No caso em apreço, ficou, além do mais, provado que: - Em 15 de Dezembro de 2008, o réu vendeu ao autor o veículo supra indicado, pelo valor de 18.750,00 (Dezoito Mil Setecentos e Cinquenta Euros), dando a título de garantia 12 meses. - Em 15 de Dezembro de 2008, o conta-quilómetros do referido veículo apresentava cerca de 115.000 quilómetros, tendo sido assegurado pelo réu que estes eram os quilómetros reais percorridos. - A quilometragem do ZN registada nos sistemas de fábrica da AUDI era, já em 16/12/2004, de 183.572 Km. - E, de acordo com os dados da inspeção técnica periódica, realizada em 11/09//2008, já se mencionava que o veículo tinha 108.061 Km. - Atualmente, o conta-quilómetros do veículo indica que o veículo tem 160.000 Kms quilómetros percorridos. - O autor foi alertado pelo mecânico, em finais de Outubro de 2009, da suspeita que este tinha sobre a real quilometragem do veículo, e que o aconselhava a fazer um teste na AUDI. - E efectuado tal teste, em 4/12/2009, constatou o autor que a última quilometragem registada no sistema da fábrica foi efectuada em 16/12/2004. - E já na altura apresentava 183.572 quilómetros. - O autor, conhecedor dos factos antes descritos, confrontou, de imediato, o réu com a situação.

Não sabemos quem executou a viciação ou a alteração da quilometragem do veículo Audi. (aparentemente terá sido ainda na Alemanha), embora não seja relevante, pois que não se mostra necessária imputação dessa alteração à ação do réu/apelado para legitimar o pedido de resolução contratual, com base no estatuído no artº 4º, nº 1, do DL nº 67/2003. Com efeito, o que justifica a resolução do contrato, por parte do autor, é a falta de conformidade do bem vendido com o contrato, ou seja, a discrepância entre a comprovada real quilometragem da viatura muito antes da data em que foi vendida ao apelante, sendo certo que o réu assegurou ao demandante, em 15/12/2008, que o automóvel ZN tinha percorrido apenas 115.000 quilómetros. Obviamente, não se pode pretender que um veículo automóvel usado tenha idênticas características, caso tenha 115.000 Km ou antes cerca de 200.000 Km. No mercado de automóveis usados, trata-se de um item que assume especial importância, uma vez que se espera um desempenho e uma durabilidade diferentes num e noutro caso, com implicações óbvias na determinação e aceitação do preço. Dada a manifesta “desconformidade face ao

contrato de compra e venda” celebrado pelas partes, assiste ao autor (comprador consumidor) o direito de resolução contratual previsto no aludido artº 4º do DL nº 67/2003 (ver, entre outros, os Acs. das Relações do Porto, de 09/04/2013, Lisboa, de 01/03/2012 e de Coimbra, de 25/10/2011, acessíveis em dgsi)”.

4.5. Relação de Guimarães. 17.09.2015⁴⁸

746/13.3TBVRL.G1 - Relatora: Desembargadora Eva Almeida

“(…) O conceito de cumprimento defeituoso, introduzido no nº 1 do artº 799º do Código Civil, só ganhou autonomia com os “Estudos” de Baptista Machado, que distinguiu a venda de coisa defeituosa do cumprimento defeituoso da obrigação (Obra Dispersa, Vol. I. Braga, Scientia Iuridica). O cumprimento defeituoso da obrigação verifica-se não apenas em relação à obrigação da entrega da coisa proveniente da compra e venda, mas quanto a toda e qualquer outra obrigação, proveniente de contrato ou qualquer outra fonte. E apenas se dá quando a prestação realizada pelo devedor não corresponde, pela falta de qualidades ou requisitos dela, ao objecto da obrigação a que ele estava adstrito. Tal sucederia se tivesse sido alegada discrepância da mercadoria fornecida relativamente à que tinha sido encomendada pela autora e aceite pela ré (obrigação contratualmente assumida). Mas não foi alegada qualquer desconformidade. O aparelho entregue era o pretendido, sofria apenas, de acordo com o alegado, de vício ou defeito não aparente, que provocou um sobreaquecimento e incêndio. Estamos assim perante a venda de uma coisa defeituosa, coisa essa que, em resultado do defeito que apresentava, causou danos em outros bens da compradora.

Mesmo para Antunes Varela (das Obrigações em Geral, 4ª edição, 1990, II Volume, págs. 120 e ss.) que integra situações semelhantes à dos autos no cumprimento defeituoso, “os efeitos específicos do cumprimento defeituoso não vêm definidos no título das obrigações em geral (...). É no capítulo dos contratos em especial, a propósito da disciplina de alguns contratos nominados (nomeadamente da compra e venda e da empreitada), que a lei insere algumas disposições especificamente referidas ao cumprimento defeituoso”. Por isso, no caso em apreço, relativamente à 1ª ré, com quem a autora contratou e que lhe vendeu o aparelho de refrigeração, cujo eventual defeito terá sido a causa do incêndio, é apenas aplicável o regime legal da venda de coisas defeituosas previsto nos artigos 913 a 922 do CC.

⁴⁸ Sumário: I - A causa de pedir, relativamente à 1ª ré, não configura cumprimento defeituoso do contrato que celebrou com a autora, a que seja aplicável o regime previsto nos arts. 798 e 799 do CC, mas sim uma eventual venda de coisa defeituosa, a que é aplicável o disposto nos art. 913 a 922 do CC. Consequentemente, não assiste à autora o direito de intentar ação de responsabilidade pelo interesse contratual positivo. II - Mesmo que assistisse à autora tal direito, isto é, se fosse aplicável o regime previsto para as obrigações em geral (incumprimento), também o direito de propor tal ação teria caducado, por, neste caso, lhe ser aplicável o prazo previsto no art. 917 do CC. III - A demanda da 2ª ré, com quem a autora não contratou, nunca poderia fundar-se na responsabilidade contratual, mas apenas na responsabilidade civil do produtor - DL n.º 383/89, de 06 de novembro. IV - Atento o objeto social da autora (produção/impressão e comercialização de material publicitário), entendemos que o dispensador de água refrigerada não se destina a uso profissional, mas a uso privado, ainda que do pessoal que ali trabalha, devendo por isso a autora ser qualificada de consumidora. V - Assim, relativamente à 2ª ré, à factualidade alegada na P.I. é aplicável o disposto no DL 383/89, de 06 de novembro com as alterações introduzidas pelo DL 131/2001, de 24/04, nomeadamente no art. 11, pelo que o direito à indemnização não se mostra prescrito.

Assim o Código Civil, nas mencionadas normas e naquelas para onde remete o art. 913º, permite ao comprador pedir: - anulação do contrato, por erro ou dolo (verificados os de um ou outro previstos nos artigos 251 ou 254), nos termos do artigo 905; - indemnização pelo interesse contratual negativo, traduzido no prejuízo que o comprador sofreu pelo facto de ter celebrado o contrato (danos emergentes e lucro cessante, em caso de dolo, e só aqueles, em caso de simples erro não culposo – artigos 908, 909 e 915); - redução do preço, quando as circunstâncias do contrato mostrarem que, sem erro ou dolo, o comprador teria igualmente adquirido os bens, mas por um preço inferior, nos termos do artigo 911 (cumulável com a indemnização - nº 1 deste preceito, in fine); - reparação da coisa ou, se for necessário e esta tiver natureza fungível, a sua substituição, no caso de dolo ou de ignorância culposa do vendedor do vício ou da falta de qualidade da coisa (artigo 914, 1ª parte), ou, independentemente de culpa ou de erro do vendedor, se este estiver obrigado a garantir o bom funcionamento da coisa vendida, quer por convenção das partes, quer por força dos usos (artigo 921, nº 1).

Consequentemente, não assiste à autora o direito de intentar ação de responsabilidade civil pelo interesse contratual positivo decorrente de cumprimento defeituoso da obrigação, nos termos dos artigos 798 e 799 do CC.

Mas mesmo que assistisse à autora tal direito, isto é se fosse aplicável o regime previsto para as obrigações em geral (incumprimento), também o direito de propor ação de responsabilidade civil pelo interesse contratual positivo decorrente do cumprimento defeituoso teria caducado. Neste sentido, Calvão da Silva, in “Compra e Venda de Coisas Defeituosas (Conformidade e Segurança)”, Almedina, 5ª Edição, págs. 78 e ss. refere: “(...) Esta ação, em que os prejuízos indemnizáveis tenham origem no vício da coisa, não pode deixar de obedecer aos prazos breves, previstos especialmente para venda de coisas defeituosas”. Explicando que “é de aplicar o prazo curto de caducidade previsto no artigo 917 à ação de indemnização fundada na violação contratual positiva, porque e só na medida em que o dano esteja em conexão com o vício da coisa e dele resulte, a fim de se não tornar ilusório e sem significado prático aquele prazo abreviado de caducidade especialmente previsto pelo legislador – afinal, a causa petendi é a mesma: o defeito da coisa”. Concluindo, mais adiante, que “já em cumprimento defeituoso não abrangido pelo artigo 913, vale dizer, quando a violação culposa de deveres do devedor não se refira a vício intrínseco ou orgânico da coisa, a responsabilidade contratual estará sujeita ao prazo ordinário da prescrição. (...) Justifica-se a extensão do art. 917, que refere apenas a ação de anulação, às ações dos demais direito referidos, porque e na medida em que através delas se fazem valer pretensões no quadro da garantia e à garantia ligadas; porque e na medida em que através delas se realize ou materialize a mesma garantia pelos vícios; numa palavra, porque e na medida em que são recursos contratuais por vícios da coisa”.

Pedro Romano Martinez, in Cumprimento Defeituoso – Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada, Almedina, pág. 413, chega a idêntica solução, escrevendo: «(...) Apesar do artigo 917 ser omissivo, tendo em conta a unidade do sistema jurídico no que respeita ao contrato de compra e venda, por analogia com o disposto no artigo 1224, dever-se-á entender que o prazo

de seis meses é válido, não só para interpor o pedido judicial de anulação do contrato como também para intentar qualquer outra pretensão baseada no cumprimento defeituoso. De facto, não se compreenderia que o legislador só tivesse estabelecido um prazo para a anulação do contrato, deixando os outros pedidos sujeitos à prescrição geral de vinte anos (artigo 309); por outro lado, tendo a lei estatuído que, em caso de garantia de bom funcionamento, todas as ações derivadas do cumprimento defeituoso caducam em seis meses (artigo 921, nº 4), não se entenderia muito bem porque é que, na falta de tal garantia, parte dessas ações prescreveriam no prazo de vinte anos; além disso, contando-se o prazo de seis meses a partir da denúncia, e sendo esta necessária em relação a todos os defeitos (artigo 916), não parece sustentável que se distingam os prazos para o pedido judicial; por último, se o artigo 917 não fosse aplicável, por interpretação extensiva, a todos os pedidos derivados do defeito da prestação, estava criado um caminho para iludir os prazos curtos».

Também a jurisprudência vem decidindo que o disposto no art. 917 do CC deve ser interpretado no sentido de abranger todas as ações emergentes de cumprimento defeituoso (ver entre outros os Acs. do STJ, de 13.2.2014 (proc. nº1115/05.4TCGMR.G1.S1), de 6.11.2007 (proc. nº 07A3440) e de 16.03.2011 (proc. nº 558/03.2TVPR.T.P1.S1); e o Ac. do TRP de 11.9.2014 (proc. nº 6637/13.0TBMAI-A.P1) a que a sentença recorrida faz referência.

Pelo exposto, ainda que assistisse à autora o direito de demandar a vendedora pelo interesse contratual positivo, configurando-se a factualidade alegada como cumprimento defeituoso, com fundamento em desconformidade da coisa entregue, a ação foi proposta tardiamente, sucumbindo nesta parte as conclusões da apelante.

A demanda da 2ª ré, com quem a autora não contratou, nunca poderia fundar-se na responsabilidade contratual, mas apenas na responsabilidade civil do produtor, como aliás a autora alega. O DL n.º 383/89, de 06.11 transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva 85/374/CEE, do Conselho, de 25.07.1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros em matéria da responsabilidade decorrente de produtos defeituosos. No artigo 1.º consagra-se o princípio fundamental de responsabilidade objectiva do produtor. No artº 2º contempla-se uma noção ampla de produtor, que inclui não só o fabricante do produto final ou de uma parte componente, mas também o importador ou distribuidor, enquadramento que a 2ª ré não negou (Sobre a noção ampla de “produtor” vide Calvão da Silva in “Responsabilidade Civil do Produtor” págs. 545 a 570). No artº 8º estabelece-se que “são ressarcíveis os danos resultantes de morte ou lesão pessoal e os danos em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinada ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente este destino”. Para além da letra do art. 8º também o preâmbulo do diploma (“É a solução preconizada pela doutrina como a mais adequada à proteção do consumidor na produção técnica moderna ...”) nos levam a concluir que abrange apenas os danos causados ao “consumidor”, na noção que dele é dada noutros diplomas, como na Lei de defesa do consumidor (LDC – Lei 24/96). Fernando Baptista de Oliveira, na sua obra “O Conceito de Consumidor”, 76 e 77, conclui que não parece correto afirmar-se que o nosso legislador adoptou na LDC um conceito (restritivo) de consumidor de forma a afastar a sua aplicação às pessoas colectivas. Atento o objecto social da autora, o dispensador de água não é necessário à “produção e comercialização de

material publicitário”. É exatamente o mesmo que a aquisição de uma garrafa de água ou de papel higiênico. Não se destina a uso profissional, mas a uso privado, ainda que do pessoal que ali trabalha. Veja-se o caso da jurisprudência francesa referido na nota 76 da última obra citada (pag.77).

Creemos assim que, relativamente à 2ª ré, à factualidade alegada é aplicável o DL 383/89, com as alterações introduzidas pelo DL n.º 131/2001, de 24/04. Assim sendo, relativamente à 2ª ré, tal diploma confere à autora o direito ao ressarcimento dos danos causados pelo aparelho dispensador de água no estabelecimento da autora (“em coisa diversa do produto defeituoso”) e a ação com vista à efetivação do direito à indemnização só prescreve “no prazo de três anos a contar da data em que o lesado teve ou deveria ter tido conhecimento do dano, do defeito e da identidade do produtor” (artº 11º). A autora está em tempo para exercer tal direito e, de qualquer forma, a 2ª ré não invocou a prescrição (nem a caducidade).

4.6. Relação do Porto. 10.02.2016⁴⁹

4990/14.8TBVNG.P1 – Relator: Desembargador Tomé Ramião

“(…) flui da conjugação do disposto nos art.ºs 913.º, nº1, a 915.º do C. Civil, que o comprador de coisa defeituosa goza do direito de exigir do vendedor a reparação da coisa; de anulação do contrato, do direito de redução do preço e também do direito à indemnização do interesse contratual negativo.

Como ensina Pedro Romano Martinez, in “Direito das Obrigações, Parte Especial, Contratos”, pág., 135 e 136, Almedina, 2.ª Edição, “ (... O regime do cumprimento defeituoso, estabelecido nos arts. 913.º e segs. do Código Civil, vale tanto no caso de ser prestada a coisa devida, mas esta se apresentar com um defeito, como também para as hipóteses em que foi prestada coisa diversa da devida. E, sustenta: “ (... As consequências da compra e venda de coisas defeituosas determinam-se atentos três aspetos: em primeiro lugar, na medida em que se trata de um cumprimento defeituoso, encontram aplicação as regras gerais da responsabilidade contratual (arts. 798.º segs. Código Civil); segundo, no art. 913.º, nº1, do Código Civil faz-se uma remissão para a secção anterior...Nos termos gerais, incumbe ao comprador a prova do defeito (art. 342º, nº I Código Civil) e presume-se a culpa do vendedor, se a coisa entregue padecer de defeito (art. 799.º, nº1, Código Civil)”. Mas, de acordo o disposto no art.º 916.º do C. Civil a responsabilidade do vendedor pela venda de coisa defeituosa depende da prévia denúncia do vício ou falta de qualidade da coisa pelo comprador, exceto se aquele tiver atuado com dolo, denúncia a efetuar até 30 dias depois de conhecido o vício e dentro de seis meses após a entrega da coisa.

⁴⁹ Sumário: I - Não decorre do art.º 4.º/1 do Dec. Lei n.º 67/2003, qualquer hierarquia dos direitos conferidos ao consumidor em consequência da desconformidade do bem com o contrato, podendo exercer qualquer dos direitos, salvo se tal se manifestar impossível ou constituir abuso de direito, nos termos gerais, como está plasmado no seu n.º 5. II - O comprador de veículo automóvel usado tem direito à resolução do contrato de compra e venda, ao abrigo do disposto no art.º 4.º/1 e 5.º desse diploma legal, por desconformidade com o contrato de compra e venda, quando a quilometragem apresentada pelo stand vendedor, aquando da sua aquisição, era de 94.650 Km, quando na realidade já tinha uma quilometragem de 156.884Km.

Mas, para além do regime codificado no C. Civil, importa ainda ter em consideração outras disposições legais que visam proteger o consumidor e que lhe confere um regime mais favorável e, por isso, prevalece sobre as demais disposições. Na verdade, o adquirente de coisa defeituosa beneficia ainda da proteção conferida pela Lei de Defesa do Consumidor (LDC, aprovada pelo Dec. Lei n.º 24/96, de 31/7, alterada pelo Dec. Lei n.º 67/2003, de 8 de abril e na sua versão anterior às alterações introduzidas pela Lei n.º 47/2014, de 28/7), bem como do regime de compra e venda celebrados entre profissionais e consumidores, instituído pelo Dec. Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, alterado e republicado pelo Dec. Lei n.º 84/2008, de 21 de maio.

O Decreto-Lei 67/2003, de 8 de abril, aplica-se apenas às pessoas que exerçam com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios, e cujo fornecimento de bens ou serviços ocorra nesse âmbito e sejam destinados a uso não profissional pelo adquirente, como é rigorosamente o caso dos autos. O consumidor tem direito, entre outros, à qualidade dos bens e serviços, e os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor (art.ºs 3.º/1, al. a) e 4.º da LDC). E tem ainda direito à indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos, sendo que o produtor desses bens é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos de produtos que coloque no mercado, nos termos da lei – seu art.º 12.

Com este diploma legal pretendeu-se proteger o consumidor relativamente à aquisição de bens de consumo (móveis ou imóveis), em que o bem entregue padece de desconformidade face ao contrato de compra e venda, presumindo-se as seguintes situações em que ocorre desconformidade com o contrato, a saber: a) Não serem conformes com a descrição que deles é feita pelo vendedor ou não possuírem as qualidades do bem que o vendedor tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo; b) Não serem adequados ao uso específico para o qual o consumidor os destine e do qual tenha informado o vendedor quando celebrou o contrato e que o mesmo tenha aceitado; c) Não serem adequados às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo; d) Não apresentarem as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e, eventualmente, às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem - (seu art.º2.º/1 e 2).

O vendedor que satisfaça os direitos concedidos ao consumidor beneficia do direito de regresso contra o profissional a quem adquiriu a coisa, por todos os prejuízos causados pelo exercício desses direitos – art.º 7.º/1 do Dec. Lei n.º 67/2003 de 8 de abril.

Pode, ainda, o consumidor que tenha adquirido coisa defeituosa, e sem prejuízo dos direitos que lhe assistem perante vendedor, optar por exigir diretamente do produtor a sua reparação ou substituição, salvo se tal se manifestar impossível ou desproporcionado tendo em conta o valor que o bem teria se não existisse falta de conformidade, a importância desta e a possibilidade de a solução alternativa ser concretizada sem grave inconveniente para o

consumidor. Ao produtor é concedida a faculdade de se opor à reparação ou substituição se o defeito resultar exclusivamente de declarações do vendedor sobre a coisa e sua utilização, ou de má utilização ou que o defeito não existia no momento em que colocou a coisa em circulação – art.º 6.º Dec. Lei n.º 67/2003 de 8 de abril.

Portanto, e resumindo, mesmo no âmbito dos diplomas legais citados, a sua aplicação sempre depende da existência de “vícios da coisa ou coisa defeituosa”, vendida ou adquirida, ou “desconformidade face ao contrato de compra e venda”, ou seja, perspetivando-se que o bem sofra de vício que a desvalorize ou que impeça a realização da finalidade a que a mesma se destina ou careça das qualidades necessárias e asseguradas pelo vendedor para a realização desse fim.

(...) E no caso concreto preenche o conceito de consumidor o adquirente de uma viatura automóvel destinada a uso não profissional (como é o caso do Autor), se o respetivo fornecedor (no caso a recorrente) exercer com carácter profissional a correspondente atividade económica - n.º 1 do art.º 2.º da LDC. Resumindo, da factualidade assente resulta claramente ter a recorrente a categoria de pessoa que exerce atividade com carácter profissional, sendo clara a posição de consumidor por banda do Autor, atenta a qualificação vertida no nº1, do art.º 2º, da LDC (Lei nº24/96, de 31 de julho, na sua versão anterior às alterações efetuadas pela Lei n.º 47/2014 de 28 de julho), para o qual remete o art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, sendo este o diploma legal aplicável no caso em apreço (na sua atual redação, com as alterações introduzidas pelo DL n.º 84/2008, de 21/05, que entrou em vigor em 20 de junho de 2008) e que transpôs para o ordenamento jurídico interno a Diretiva nº1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio, com vista à aproximação das disposições dos Estados membros da União Europeia sobre certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, sem com isso diminuir o nível de proteção já reconhecido entre nós ao consumidor, designadamente, na Lei nº24/96, de 31 de julho (cfr. parte preambular do Decreto-Lei n.º 67/2003 e seu art.º 1.º).

O Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de abril, na versão dada pelo Decreto-Lei nº 84/2008, de 21 de maio, no seu art.º 5.º, n.º1 e 2, estabelece os prazos para o exercício dos direitos do consumidor, consignados no respetivo art.º 4.º, fixando-os em 2 dois ou 5 anos a contar da entrega do bem, consoante se trate de coisa móvel ou imóvel, podendo ser reduzido para um ano, por acordo das partes, no caso de coisa móvel usada, como prazos de caducidade. E o seu art.º 5.º-A estabelece o prazo para o exercício desses direitos, nomeadamente determinando que caducam no termo de qualquer dos prazos referidos e na ausência de denúncia da desconformidade pelo consumidor, sem prejuízo do disposto nos números seguintes (seu n.º 1), devendo o consumidor, para poder exercer esses direitos, denunciar ao vendedor a falta de conformidade num prazo de dois meses, caso se trate de bem móvel, ou de um ano, se se tratar de bem imóvel, a contar da data em que a tenha detetado (seu n.º 2).

(...) Não decorre do art.º 4.º/1 do Dec. Lei n.º 67/2003, qualquer hierarquia dos direitos conferidos ao consumidor em consequência da desconformidade do bem com o contrato, podendo exercer qualquer dos direitos, salvo se tal se manifestar impossível ou constituir abuso de direito, nos termos gerais, como está plasmado no seu n.º 5, do qual não se infere

essa hierarquia. Reconhece-se que o consumidor para exercer tais direitos deve, previamente, denunciar ao vendedor a falta de conformidade notada, como o exige o n.º3 do art.º 5.º desse diploma legal, na medida em que deverá permitir ao vendedor a possibilidade de repor, sem encargos para aquele, a desejada e obrigatória conformidade, em consonância com o próprio contrato firmado, como se tudo tivesse corrido bem desde o início. Mas daí não decorre que o regime legal estabeleça uma hierarquia no exercício dos direitos conferidos ao consumidor - n.º5, do art.º 4º -, salvo se tal se manifestar impossível ou constituir abuso de direito, nos termos gerais.”

4.7. Relação de Guimarães. 11.02.2016⁵⁰

185/10.8TBPTL.G1 – Relator: Desembargador Francisco Cunha Xavier

“(…) entendeu-se que se estava em presença de venda de coisa defeituosa, posto que o motor adquirido apresentava um problema na cambota, que implicava a sua retificação, vício este que originava a desvalorização do motor e impedia a realização do fim a que o mesmo se destinava (possibilitar a locomoção do veículo onde ia ser incorporado), questão relativamente à qual não se suscitam dúvidas. No que toca à responsabilidade do vendedor entendeu-se que o regime aplicável era o do Código Civil, e não o emergente da Lei n.º 24/96, e do Decreto-Lei 67/2003, por a A. não ter a qualidade de consumidor, como definido neste diploma, e que, não tendo a A. provado que procedeu à denúncia dos defeitos em causa nos termos e no prazo previsto no artigo 916º do Código Civil, nem provado que o vendedor reconheceu a existência do defeito, o que afastaria a necessidade de prova da denúncia, ocorreu a caducidade das pretensões da A.

(…) No que se refere à segunda – a submissão do caso ao regime do Decreto-Lei n.º 67/2003, entendeu-se na decisão recorrida que “... não é aplicável o regime prevenido na Lei de Defesa do Consumir (Lei n.º 24/96, com a redação emergente do Decreto-Lei n.º 67/2003), e bem assim pelo próprio diploma que procedeu à transposição para o ordenamento jurídico português da Directiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio, precisamente o D.L. n.º 67/2003, posto que a requerente não assume a qualidade de consumidor, já que se define «Consumidor», aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios,

⁵⁰ Sumário: (...) III. Não detém a qualidade de consumidor para os efeitos previstos no Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, o adquirente de um motor, que é uma sociedade comercial, que destina o bem adquirido a ser incorporado em veículo que utiliza na prossecução daquela sua atividade, sendo o bem adquirido essencial ao funcionamento do dito veículo. IV. No caso de aquisição de bens móveis, o adquirente para poder exercer os direitos tutelado no Decreto-Lei n.º 67/2003 tem que proceder à denúncia dos defeitos na coisa adquirida no prazo de 2 meses, a contar do conhecimento, por força do n.º 2 do artigo 5º-A deste diploma, caducando o direito de ação no prazo de 2 anos a contar da denúncia dos defeitos. V. Porém, se o adquirente instaurar a ação nos 2 anos posteriores a ter detectado o defeito da coisa, mas posteriormente ao prazo previsto para a denúncia dos defeitos, sem antes ter procedido à denúncia dos defeitos em causa, no prazo previsto no n.º 2 do artigo 5º-A do citado diploma, precluiu o direito a exigir a reparação ou substituição da coisa, que é pressuposto da ação em causa.

nos termos do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho – o que não é o caso uma vez que a autora é uma sociedade que se dedica à feitura de obras com fins lucrativos”. Vejamos:

Como se diz no acórdão desta Relação, de 22/10/2015 (proc. 193/13.7TBFAF.G1), «[c]omo é sabido, a venda de bens de consumo e das garantias a ele relativas está sujeito ao regime jurídico instituído pelo DL 67/2003, alterado posteriormente pelo DL 84/2008, resultando da necessidade de transposição para a ordem jurídica interna da Directiva n.º 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, tendo por objectivo a aproximação das disposições dos Estados membros da União Europeia sobre tal matéria. Seguindo de perto e amiudadamente a obra de Ana Catarina Mota da Silva, intitulada «Responsabilidade do Produtor pela Conformidade do Bem», disponível na internet no dia 21 de setembro de 2015 in http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/23729/1/_Ana%20Catarina%20Mota%20da%20Silva.pdf, “a Directiva podia ser transposta de duas formas: através de alterações ao Código Civil e, para as relações com os consumidores, à Lei da Defesa do Consumidor, a chamada ‘solução grande’, ou a transposição num diploma avulso, com o âmbito subjetivo e objectivo da Directiva, que iria conviver lado a lado com o regime civil geral, a ‘solução pequena’”, vindo, afinal, o legislador português a optar por esta última, com a publicação do DL 67/2003, significando, portanto, que, relativamente ao Código Civil, deverá aquele decreto-lei ser tido como lei especial, com as consequências daí advindas (disponível em dgsi). Portanto, atenta a sua especialidade, prevalece sobre a lei geral, devendo aplicar-se em primeira linha o seu regime, só nos socorrendo das regras próprias sobre a compra e venda que com aquele não conflitue e dos princípios gerais das obrigações subsidiariamente.

No sentido de que o direito de consumo, como regime jurídico especial relativamente ao contrato de compra e venda e mais favorável ao consumidor, deve prevalecer sobre este, veja-se o acórdão desta Relação datado de 27-03-2013, itij. De resto, a própria norma do artº 10º do DL 67/2003, comete de nulidade o acordo ou cláusula contratual pelo qual antes da denúncia da falta de conformidade ao vendedor se excluam ou limitem os direitos do consumidor nele previstos.».

Assente que o regime do Decreto-Lei n.º 67/2003 prevalece sobre as normas do Código Civil importa agora averiguar se a situação em apreço é subsumível àquele regime.

A este respeito importa considerar o que se dispõe no artigo 1º-B do Decreto-Lei n.º 67/2003 (redação do Decreto-Lei n.º 84/08, já em vigor à data dos factos), onde se estabelece que “[p]ara efeitos de aplicação do disposto no presente decreto-lei, entende-se por: a) «Consumidor», aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho”, e “b) «Bem de consumo», qualquer bem imóvel ou móvel corpóreo, incluindo os bens em segunda mão”.

Ora, no caso em apreço, não subsistem dúvidas que o motor em causa é considerado bem de consumo, para os efeitos de submissão ao regime instituído pelo referido diploma. Porém, o adquirente, no caso a A., não tem a qualidade de “consumidor” para os efeitos previstos no

referido diploma, porquanto, em face dos factos assentes nos pontos 1) e 2), 7) e 8), é manifesto que a A. exerce uma atividade comercial lucrativa e utiliza o veículo, onde o motor vai ser incorporado, no exercício dessa sua atividade, não o destinando a um uso particular. Ora, se em relação à aquisição do veículo a A. não pode beneficiar do regime estatuído no referido diploma, por não ter a qualidade de consumidor, visto que o mesmo se destina à prossecução da sua atividade comercial, também não pode deter essa qualidade quanto à aquisição do motor, que constitui parte integrante e imprescindível à utilização do dito veículo. É verdade que a recorrente com a aquisição do bem não vai retirar dele diretamente qualquer lucro, pois não o pretende comercializar, mas indiretamente retira do mesmo proventos económicos posto que o vai integrar na sua atividade comercial. Deste modo, conclui-se que a A. não tem a qualidade de “consumidor” para os efeitos previstos no Decreto-Lei n.º 67/2003, por ser uma sociedade comercial e utilizar o veículo a que se destina o motor adquirido na prossecução dessa sua atividade.

Mesmo que assim se não entendesse e se considerasse que a situação em causa era subsumível ao regime do dito diploma, ainda assim teria ocorrido a caducidade do direito do A. por falta atempada da denúncia dos defeitos. Efetivamente, não obstante, no caso de bens móveis, o prazo de caducidade da ação ser de 2 anos, nos termos previstos no n.º 3 do artigo 5º-A do citado diploma, certo é que a A. não estava dispensada de denunciar os defeitos da coisa no prazo previsto, pois, como resulta do artigo 5º-A do Decreto-Lei n.º 67/2003 (sob a epígrafe “Prazos para o exercício do direito”), os direitos atribuídos ao consumidor caducam se a falta de conformidade não for denunciada num prazo de dois meses, caso se trate de bem móvel, ou de um ano, se se tratar de bem imóvel, a contar da data em que a tenha detectado (n.º 2); se o consumidor efetuar a denúncia de desconformidade do bem, os direitos caducam decorridos dois ou três anos a partir desse momento, consoante se esteja perante bens móveis ou imóveis (n.º 3); a denúncia faz suspender o prazo de caducidade da garantia e, também quanto a estes prazos se verifica a respectiva suspensão durante o período em que o consumidor estiver privado do uso dos bens com o objectivo de realização das operações de reparação ou substituição (n.º 4).

Assim, no caso de aquisição de bens móveis, o adquirente para poder exercer os seus direitos tem que proceder à denúncia dos defeitos na coisa adquirida no prazo de 2 meses, a contar do conhecimento, por força do n.º 2 do artigo 5º-A do Decreto-Lei n.º 67/2003, caducando o direito de ação no prazo de 2 anos a contar da denúncia dos defeitos.

Porém, se o adquirente instaurar a ação nos 2 anos posteriores a ter detectado o defeito da coisa, mas posteriormente ao prazo previsto para a denúncia dos defeitos, sem antes ter procedido à denuncia dos defeitos em causa, no prazo previsto no n.º 2 do artigo 5º-A do citado diploma, precluiu o direito a exigir a reparação ou substituição da coisa, que é pressuposto da ação em causa.”

4.8. Relação do Porto. 23.02.2016⁵¹

⁵¹ Sumário: I - O Decreto-Lei 67/2003, de 8 de abril, aplica-se apenas às pessoas que exerçam com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios, e cujo fornecimento de bens ou

2679/13.4TBVCD.P1 – Relator: Desembargador Tomé Ramião

“(…) o adquirente de coisa defeituosa beneficia ainda da proteção conferida pela Lei de Defesa do Consumidor (LDC, aprovada pelo Dec. Lei n.º 24/96, de 31/7, alterada pelo Dec. Lei n.º 67/2003, de 8 de abril e na sua versão anterior às alterações introduzidas pela Lei n.º 47/2014, de 28/7), bem como do regime de compra e venda celebrados entre profissionais e consumidores, instituído pelo Dec. Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, alterado e republicado pelo Dec. Lei n.º 84/2008, de 21 de maio. De acordo como o art.º 2/1 da LDC, “ Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios.”

O Decreto-Lei 67/2003, de 8 de abril, aplica-se apenas às pessoas que exerçam com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios, e cujo fornecimento de bens ou serviços ocorra nesse âmbito e sejam destinados a uso não profissional pelo adquirente. Com efeito, entende-se por “Consumidor” “aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho” – Alínea a) do art.º 1.º-B, do Decreto-Lei 67/2003.

No caso concreto, está provado que a Autora é uma sociedade comercial que se dedica à importação e exportação de máquinas industriais, representações e serviços de assistência técnica e, para o exercício desta atividade necessita de uma viatura automóvel apta a garantir as deslocações de natureza comercial e, bem assim, a entrega e recolha de máquinas e acessórios e ainda a prestação de assistência técnica aos equipamentos dos seus clientes. Daqui decorre que a Autora não é tida por “Consumidor”, visto que adquiriu o veículo automóvel para o exercício da sua atividade comercial, e não para uso não profissional.

(…) está provado que o contrato de compra e venda do veículo foi celebrado em 12/11/2013, entregue nessa data, e no dia 4/7/2013, quando circulava ao serviço da Autora, em via pública do concelho de Lamego, o respetivo motor deixou de funcionar e a, tendo-se imobilizado, pelo que a Autora contactou de imediato o serviço de assistência em viagem da 2ª Ré, a qual determinou, ainda nesse dia, o reboque da viatura para o concessionário da rede “D...” mais próximo, em concreto, a oficina da “I...”, para ali ser reparada ao abrigo da garantia contratual do fabricante. Donde, concluir-se que a denúncia do vício ou falta de qualidade do veículo ter sido conhecido e efetuado após os seis meses, subsequentes à sua entrega pelo vendedor,

serviços ocorra nesse âmbito e sejam destinados a uso não profissional pelo adquirente. II - De acordo o disposto no art.º 916.º do C. Civil a responsabilidade do vendedor pela venda de coisa defeituosa depende da prévia denúncia do vício ou falta de qualidade da coisa pelo comprador, exceto se aquele tiver atuado com dolo, denúncia a efetuar até 30 dias depois de conhecido o vício e dentro de seis meses após a entrega da coisa. III - A garantia de bom funcionamento refere-se apenas à reparação ou substituição da coisa, independentemente de culpa do vendedor ou do produtor, mas não à anulação do contrato ou redução do preço, nem indemnização. IV - A garantia de bom funcionamento prestada pelo produtor do veículo automóvel, pese embora esteja diretamente relacionada com o contrato de compra e venda, não vincula o vendedor, quando não teve qualquer intervenção na sua concessão, resultando a sua vinculação exclusivamente ao contrato de compra e venda.

mais concretamente quase oito meses depois, pelo que se mostra verificada a caducidade do exercício do direito à anulação ou resolução do contrato celebrado com a Autora. Não beneficiando a Autora do regime alargado previsto na LDC ou contemplado no Decreto-Lei 67/2003, pelas razões apontadas no ponto anterior, urge concluir pela caducidade do direito invocado pela Autora, ou seja, tem razão a recorrente.”

4.9. Relação de Guimarães. 14.04.2016⁵²

1174/13.6TJVN.F.D.G1 – Relator: Desembargador Joaquim Espinheira Baltar

“Para interpretarmos o conceito de “consumidor” temos de nos socorrer da legislação aplicável ao caso que se traduz no artigo 2º n.º 1 da Lei 24/96 de 31 de Julho, vigente à data da celebração do contrato, da recusa de cumprimento do AI. e da prolação do ACUJ que tem a seguinte redação: “Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios.”

Este normativo prevê, como elemento fundamental, para determinar o âmbito do conceito de consumidor o “uso não profissional”. Os bens fornecidos ou serviços prestados não podem ser afectos, destinados a uma atividade profissional ou por causa dela, isto é, tenham conexão com essa atividade, que pressupõe, necessariamente, regularidade e lucro. É este elemento de exclusão que define a que podem ser destinados - só a uso pessoal, familiar ou doméstico. E foi nesta base que o ACUJ abordou o conceito de consumidor fazendo menção ao trabalho do L. Miguel Pestana de Vasconcelos publicado na revista “Cadernos de Direito Privado n.º 33, pag. 3 a 29), destacando em nota de rodapé n.º 10 o seguinte: Não sofre dúvida que o promitente -comprador é *in casu* um consumidor no sentido de ser um utilizador final com o significado comum do termo, que utiliza os andares para seu uso próprio e não com escopo de revenda. E que o STJ. pelo Acórdão de 29/05/2014 no processo 1092/10.0TBLS.D.G.P1.SI, relatado pelo Conselheiro João Bernardo considerou que “...Deste texto, conjugado com o que vimos referindo em abstracto cremos poder concluir que do conceito de consumidor inserto no texto de uniformização só está excluído aquele que adquire o bem no exercício da sua atividade profissional de comerciante de imóveis.”

No caso em apreço temos um promitente-comprador picheleiro, que exerceu a sua atividade no edifício de que fazem parte as fracções, que renegociou o contrato já num momento em que a insolvente manifestou dificuldades em fazer os acabamentos às fracções, baixando o

⁵² Sumário: 1. Nos termos do artigo 2.º n.º 1 da Lei 24/96 de 31/7 “considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”, conceito que foi assimilado pelo ACUJ 4/2014 de 20/03, publicado no DR Série I a 19/5/2014. 2. O facto de o apelado exercer a profissão de picheleiro, ter trabalhado para a insolvente no edifício onde foram construídas as fracções que lhe foram prometidas vender e noutras obras e se ter comprometido, na renegociação do contrato-promessa, a pagar a última prestação com trabalho de pichelaria, não nos permite concluir, com segurança, que o autor pretendesse destinar as fracções a investimento imobiliário.

preço de 40.000€ para 30.000€ e comprometendo-se a pagar 7.500€ com o trabalho que prestasse no edifício ou noutras obras da insolvente; realizou quase a totalidade das obras, ficando as fracções habitáveis, mas não chegou a habitá-las, como resulta da matéria de facto não provada (als. d, e) e f) dos factos não provados). Esta matéria de facto, em si, não nos permite inferir que o autor apelado, quando celebrou e renegociou o contrato-promessa de compra e venda com a insolvente, o fizesse no âmbito da sua atividade profissional de picheleiro, destinasse as fracções ao desenvolvimento da sua atividade ou as destinasse, até, à revenda. Não se sabe, porque não há factos suficientes, para chegarmos a essa conclusão. Apenas se sabe que celebrou e renegociou o contrato, que entrou na posse das fracções e fez a quase totalidade das obras e não as habitou. Isto apenas nos garante que as fracções não foram destinadas, afectas a uma atividade profissional, lucrativa. O facto de não terem sido habitadas pelo autor não significa que não lhe tenha dado o uso não profissional, o elemento caracterizador da qualidade de consumidor. E que está em consonância com a interpretação feita pelo ACUJ sobre este ponto e com a posição do Ac. do STJ de 29/05/2014 acima aludido. Em que aquele exigia que as fracções não fossem destinadas a revenda e este que não fossem adquiridas no exercício da atividade profissional do adquirente. O que neste caso não se provou que o fossem, nem se pode inferir que assim fosse, face à factualidade provada.”

Nota bibliográfica:

António Menezes Cordeiro

- Manual de Direito Comercial, 3.ª edição, Almedina, 2012, em especial págs. 838 a 843.
- “Da natureza civil do direito do consumo”, in O Direito, 136.º, 2004, IV, Almedina, págs. 605 a 640.

Fernando Baptista de Oliveira

- O Conceito de Consumidor, Almedina, 2009.
- “Do conceito de consumidor: algumas questões e perspectivas de solução”, in Estudos de Direito do Consumidor, Centro de Direito do Consumo, FDUC, n.º 8, 2007, págs. 467 a 551.

Fernando de Gravato Morais

- União de Contratos de Crédito e de Venda para Consumo, Almedina, 2004.
- Crédito aos Consumidores, Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009, Almedina, 2009.
- “A unidade económica dos contratos”, in SubJudice, n.º 36, Almedina, 2006, págs. 19 a 33.
- “A alternatividade dos meios de defesa do consumidor no caso de desconformidade da coisa com o contrato de compra e venda”, in Liber Amicorum Mário Frota, Almedina, 2011, págs. 155 a 169.

João Calvão da Silva

- Compra e Venda de Coisas Defeituosas – Conformidade e Segurança, Almedina, 2001.
- Venda de Bens de Consumo, 4.ª edição, Almedina, 2010.

Jorge Manuel Coutinho de Abreu,

- Curso de Direito Comercial, Volume I, 9.ª edição, Almedina, 2013, em especial págs. 87 a 108.

Jorge Morais Carvalho

- Manual de Direito do Consumo, 3.ª edição, Almedina, 2016.
- Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo, Almedina, 2012.

José A. Engrácia Antunes

- Direito dos Contratos Comerciais, Almedina, 2009, em especial págs. 27 a 39 e 341 a 363.

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão

- Direito das Obrigações, Volume III, 10.ª edição, Almedina, 2015.
- “O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo”, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Volume II, Almedina, 2005, págs. 37 a 73.

M. Januário da Costa Gomes

- Contratos Comerciais, Almedina, 2013, em especial, págs. 20 a 25 e 72 a 80.

Maria de Fátima Ribeiro

- “A desconformidade e o artigo 471.º do Código Comercial: âmbito de aplicação e regime”, in AB INSTANTIA, ano 1, n.º 2, Almedina, Abreu Advogados, 2013, págs. 13 a 33.
- Maria Olinda Garcia,

Maria Olinda Garcia,

- “O Consumidor mais protegido – O alcance do Decreto-lei n.º 84/2008, de 21 de maio”, in Revista Julgar, n.º 6/2008, Coimbra Editora, págs. 35 a 40.A

Paulo Mota Pinto

- “O Anteprojeto do Código do Consumidor e a Venda de bens de Consumo”, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Volume III, Almedina, 2006, págs. 119 a 134.

Paulo Olavo Cunha

- Lições de Direito Comercial, Almedina, 2010, em especial págs. 153 a 176 e 190 a 195.

Pedro de Albuquerque

– Direito das Obrigações, Contratos em especial, Volume I, Tomo I, Reimpressão, Almedina, 2015.

Pedro Pais de Vasconcelos

– Direito Comercial, Volume I, Almedina, 2015, em especial págs. 139 a 145 e 258 a 278.

Pedro Romano Martinez,

- Contratos em Especial, 2.ª edição, Universidade católica Editora, Lisboa, 1996.
- Direito das Obrigações (Parte Especial), Contratos, 2.ª edição, Reimpressão, Almedina, 2010.
- “Compra e Venda e Empreitada”, in Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Volume III, Coimbra Editora, 2007, págs. 236 a 263.

Pires de Lima e Antunes Varela

– Código Civil Anotado, Volume II, 3.ª edição, Coimbra Editora Limitada, 1986, págs. 165 a 256.

4.

A empreitada: delimitação e comparação dos regimes do Código Civil e do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 08.04

Jorge Morais de Carvalho



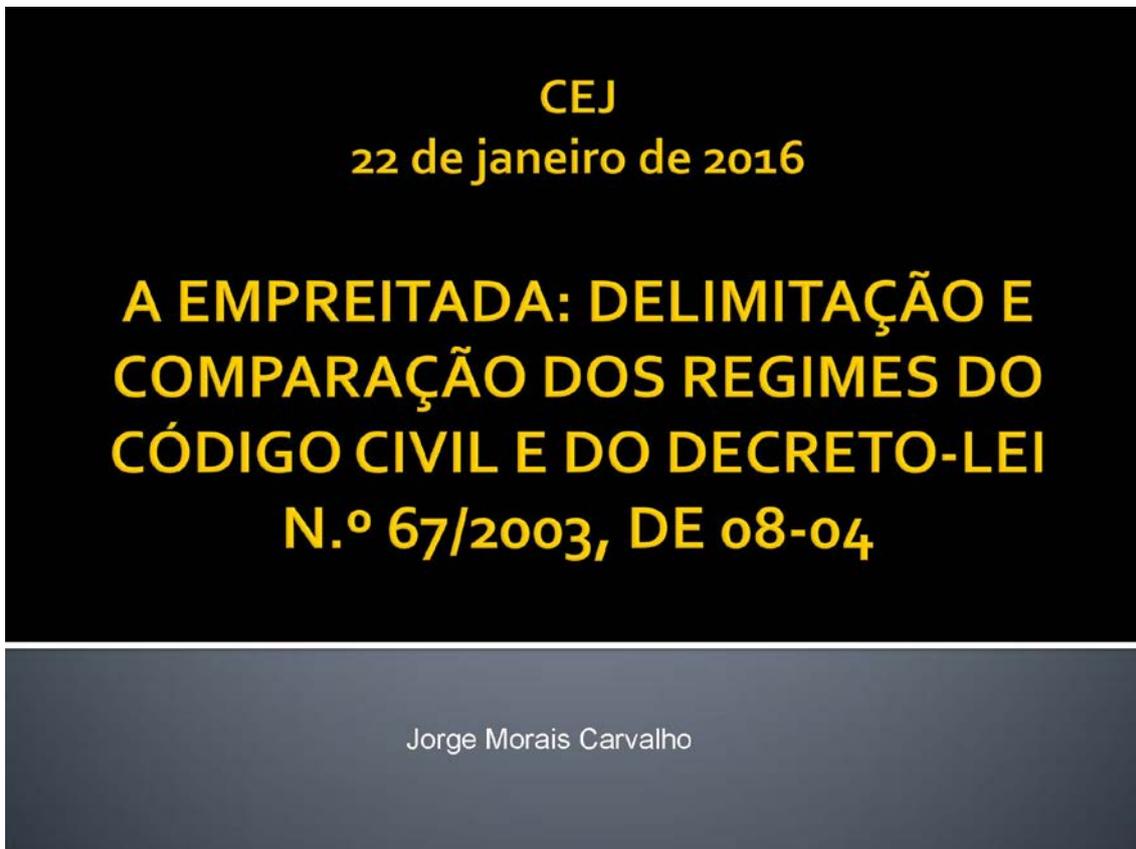
CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A empreitada: delimitação e comparação dos regimes do Código Civil

e do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 08.04

Jorge Morais Carvalho*

Apresentação *powerpoint*



* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa .

Sumário

- Introdução – Conceito de Empreitada.
- Delimitação – Âmbito de aplicação dos regimes da empreitada no Código Civil e no Decreto-Lei n.º 67/2003.
- Conceitos de (des)conformidade e de defeito.
- Direitos do dono da obra.
- Ónus do dono da obra e prazos.

Contrato de empreitada

- Contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço (art. 1207.º do CC).
- Contrato:
 - Com função de troca;
 - Para a produção de obra.
- Distinção entre empreitada em que a obra consiste num resultado:
 - Positivo – obra nova, incluindo a resultante de atividade predominantemente intelectual, ou intervenção em coisa já existente;
 - Negativo – supressão total ou parcial de coisa existente.

Delimitação dos regimes do Código Civil e do DL 67/2003

- Delimitação objetiva:
 - Código Civil – Todos os contratos de empreitada (e contratos de compra e venda se se tratar de imóvel destinado a longa duração e o vendedor o tiver construído, modificado ou reparado);
 - DL 67/2003 – Contratos de empreitada que impliquem o fornecimento de uma coisa.
- Delimitação subjetiva:
 - Código Civil – Todos os contratos de empreitada;
 - DL 67/2003 – Contratos de empreitada celebrados por um consumidor.

Conceito de consumidor Art. 1.º-B-a) do DL 67/2003

- Elementos do conceito de consumidor:
 - Subjetivo;
 - Objetivo;
 - Teleológico;
 - Relacional.
- Qualificação como consumidor:
 - Matéria de direito (e não de facto);
 - Cabe ao consumidor a prova dos factos que sustentam essa qualificação;

Conceito de consumidor Acórdão do TJUE, de 4/6/2015

- “A Diretiva 1999/44/CE [...] deve ser interpretada no sentido de que o órgão jurisdicional nacional chamado a pronunciar-se sobre um litígio relativo a um contrato suscetível de ser abrangido pelo âmbito de aplicação desta diretiva está obrigado, **sempre que disponha dos elementos de direito e de facto necessários para tal ou deles possa dispor mediante mero pedido de esclarecimento**, a verificar se o comprador pode ser qualificado de consumidor na aceção da mesma diretiva, ainda que este não tenha expressamente invocado essa qualidade”.
- Direito português: princípio da cooperação (arts. 7.º e 590.º-4 do Código de Processo Civil).

Conceitos de (des)conformidade e de defeito

- Código Civil – Defeitos da obra (arts. 1218.º a 1226.º). Mas: art. 1208.º.
- DL 67/2003 – Conformidade com o contrato (arts. 2.º e 3.º-1).
- Conformidade: juízo comparativo entre a obra que **deve ser** entregue ao consumidor e aquela que **é** efetivamente entregue.

Desconformidade com o contrato

- Ausência de vício ou defeito da obra.
- Qualidade da obra.
- Identidade entre a obra contratada e a obra entregue.
- Entrega da quantidade acordada.

Dever de entrega da obra em conformidade com o contrato

- Código Civil:
 - Dever de entrega da obra em conformidade com o contrato (ex: art. 1218.º-1);
 - Dono da obra tem de verificar a obra e, se o defeito só for descoberto posteriormente, provar a sua existência no momento da entrega. Exceção: art. 1225.º (garantia).
- DL 67/2003:
 - O empreiteiro tem o dever de entregar a obra em conformidade com o contrato e responde por qualquer falta de conformidade existente no momento da entrega (arts. 2.º-1 e 3.º-1);
 - Presunção de existência da falta de conformidade no momento da entrega da obra se esta se revelar num prazo de dois ou cinco anos (bem móvel ou imóvel) – art. 3.º-2.

Presunção de anterioridade da falta de conformidade (TJUE, 4/6/2015)

- A regra segundo a qual se presume que a falta de conformidade existia no momento da entrega do bem:
- - aplica-se “quando o consumidor faça prova de que o bem vendido não está em conformidade com o contrato e que a falta de conformidade em causa se manifestou, isto é, se revelou materialmente, num prazo de [... dois anos] a contar da entrega do bem. O consumidor não está obrigado a provar a causa dessa falta de conformidade nem que a origem da mesma é imputável ao vendedor;
- - só pode ser excluída se o vendedor demonstrar cabalmente que a causa ou a origem da referida falta de conformidade reside numa circunstância ocorrida depois da entrega do bem”.

Direitos do dono da obra

- Eliminação dos defeitos (CC) / Reparação da obra (DL 67/2003).
- Nova construção (CC) / Substituição da obra (DL 67/2003).
- Redução do preço (CC e DL 67/2003).
- Resolução do contrato (CC e DL 67/2003).
- Exceção de não cumprimento do contrato e direito a indemnização (CC e DL 67/2003).

Direitos

Diferenças entre os dois regimes

- Código Civil: hierarquia entre (i) eliminação do defeito, (ii) nova construção, (iii) redução do preço e (iv) resolução do contrato – arts. 1221.º e 1222.º.
- DL 67/2003 (art. 4.º):
 - Inexistência de hierarquia (divergência doutrinária e jurisprudencial em torno desta questão);
 - Escolha pelo consumidor;
 - Transmissão a terceiro adquirente do bem.
- Limites: abuso do direito e impossibilidade.

Ac. do TRP, de 26/5/2015

“O CC estabelece uma hierarquia de tal forma que, só nos casos de incumprimento definitivo da obrigação de eliminação dos defeitos ou de necessidade urgente da realização das respetivas obras, pode o dono da obra optar pela efetivação dessa eliminação por si próprio ou terceiro e requerer o respetivo pagamento pelo empreiteiro – artigos 1221º, 1222º e 1223º do CC”.

Ac. do TRP, de 2/3/2015

“O direito de primazia concedido ao empreiteiro ou ao vendedor relativo à eliminação dos defeitos não é absoluto. Nos casos de urgência na reparação ou nos casos em que volvido um prazo razoável não realizar de forma definitiva e de modo útil a prestação a que está vinculado, o princípio da boa fé e o equilíbrio das prestações contratuais, determina que seja permitido ao dono da obra executar por si ou por terceiro, a eliminação dos defeitos à custa do empreiteiro”.

Ac. do TRL, de 2/3/2015

- “Em matéria de cumprimento defeituoso, num contrato de empreitada vigora o princípio de que a indemnização é subsidiária relativamente aos pedidos de eliminação dos defeitos, de substituição da prestação, de redução do preço ou de resolução do contrato, na medida em que estes direitos não tenham ficado totalmente ressarcidos (artigos 1221º a 1223º do Código Civil).
- A indemnização prevista no artigo 1223º do C.C. visa reparar todos os danos que se apurarem, segundo os critérios gerais dos artigos 562º a 564º do C.C. decorrentes do cumprimento defeituoso do contrato, abrangendo quer os danos emergentes, quer os lucros cessantes, por forma a colocar o dono da obra na situação que estaria se não se tivesse verificado o facto que obriga à indemnização”.

Ónus do dono da obra

- Código Civil:
 - Verificação da obra;
 - Denúncia da falta de conformidade.
- DL 67/2003:
 - Denúncia da falta de conformidade.

Verificação da obra

- Ónus de verificação da obra antes da aceitação + ónus de denúncia (“comunicação ao empreiteiro”).
- Falta da verificação ou da comunicação dos defeitos ---» aceitação da obra ---» empreiteiro não responde pelos defeitos.

Prazo de denúncia

- Código Civil:
 - Defeitos conhecidos ou aparentes: após a verificação, antes da aceitação da obra;
 - Defeitos desconhecidos: 30 dias seguintes ao seu descobrimento (um ano se se tratar de imóvel destinado a longa duração).
- DL 67/2003: Dois meses (móvel) ou um ano (imóvel) a contar do conhecimento da desconformidade.
- Equivale à denúncia o reconhecimento, por parte do empreiteiro, da existência do defeito (art. 1220.º-2 CC).

Ac. do STJ, de 1/10/2015

- “O contrato de empreitada de construção de uma moradia celebrado entre um empresário da construção civil e um consumidor é regulado pelo Dec. Lei nº 67/03, (...) com recurso subsidiário às disposições do Código Civil sobre o contrato de empreitada.
- A efectivação pelo empreiteiro, durante o período legal de garantia, de obras de reparação de defeitos de construção relacionados com infiltrações através do telhado, terraços e paredes traduz o reconhecimento do direito à reparação dos defeitos, impedindo a excepção de caducidade.
- A instauração da acção na qual o dono da obra pede a condenação do empreiteiro na reparação de defeitos daquela estirpe que ainda persistem equivale à denúncia desses mesmos defeitos”.

Ac. do STJ, de 9/7/2015

- “Emerge do art. 331.º, n.º 2, do CC, que, estando em causa direitos disponíveis e estando fixado, por disposição legal, um prazo de caducidade, o reconhecimento do direito por parte daquele contra quem deva ser exercido é impeditivo da caducidade.
- Se o empreiteiro realizou trabalhos de reparação de uma obra, que não foram dados por concluídos, tal equivale a reconhecer os defeitos da construção, reconhecimento esse que além de equivaler à denúncia dos defeitos – art. 1220.º, n.º 2, do CC –, tem o efeito impeditivo do decurso de um prazo de caducidade para a instauração da acção destinada à eliminação dos defeitos.
- A partir desse reconhecimento dos defeitos não corre um novo prazo de caducidade, antes o prazo ordinário de prescrição de 20 anos a que alude o art. 309.º do CC”.

Prazos de caducidade dos direitos do dono da obra

- Código Civil (art. 1224.º):
 - Dois anos a contar da entrega da obra (cinco anos se se tratar de imóvel destinado a longa duração);
 - Um ano a contar da data da denúncia.
- DL 67/2003 (art. 5.ºA):
 - Dois anos (móvel) ou três anos (imóvel) a contar da data da denúncia;
 - Suspensão do prazo durante o período de tempo em que o dono da obra estiver privado da obra e durante a tentativa de resolução extrajudicial do litígio.

Ac. do TRP, de 26/5/2015

- “O empreiteiro é responsável perante terceiros, nos termos do artigo 1225, n.º 1 do CC, se executou a obra que depois veio a ser vendida com defeitos.
- O **terceiro adquirente** pode exercer perante o empreiteiro os direitos que cabiam ao dono da obra, mas não perde a faculdade de exercer os direitos que lhe são atribuídos pelo regime da compra e venda.
- O **prazo de caducidade** de um ano, com início após a denúncia dos defeitos, conta-se desde quando a denúncia se considera eficaz, independentemente de qualquer prazo acrescido que o denunciante haja eventualmente concedido para a reparação dos defeitos.
- As **despesas com uma peritagem** não integram a indemnização devida pelos defeitos da obra”.

Ac. do TRL, de 19/5/2015

- “Não tendo o autor alegado quem foram os adquirentes das fracções autónomas, não se pode concluir no sentido do autor representar condóminos que integrem o **conceito de consumidores**.
- O **reconhecimento** só é impeditivo da caducidade se ocorrer antes de esgotado o prazo respectivo.
- Actua com **abuso de direito**, o vendedor que, após ter criado no autor a expectativa de que, decorridos 4/5 anos da construção do prédio, procederia à reparação dos defeitos que surgissem no decurso daquele período, cuja ocorrência admitiu, confiando este na seriedade daquele propósito e, conseqüentemente, na desnecessidade de recorrer à via judiciária para ver satisfeito o seu direito, vem posteriormente invocar a excepção da caducidade do direito de acção”.

Ac. do TRC, de 21/4/2015

- “Deve ser considerada como empreitada de consumo aquela cuja obra se traduz em portadas e roupeiros para uma moradia do dono da obra, sendo o empreiteiro uma sociedade por quotas que exerce com carácter profissional a actividade económica no sector a que a obra diz respeito.
- (...)
- Tendo diversas portadas sido executadas com emendas e havendo almofadas com folgas/frestas, padece a obra da “falta de conformidade” do art. 2.º do DL 67/2003 e do “defeito” da lei geral (1208.º e 1218.º/1 CC).
- Denunciado este (a “falta de conformidade” ou o “defeito”, existentes em mais de metade das portadas), procede razoavelmente, proporcionalmente e de acordo com a boa fé, o dono da obra que, tendo já pago 60% do preço, se recusa a pagar os 40% restantes do preço.
- Recusa que (...) deve ser configurada como a invocação de tal “exceptio”.
- Denúncia da “falta de conformidade”/“defeito” e recusa em pagar o resto do preço que traz implícita a manifestação dos direitos do dono da obra (constantes dos art. 4.º/1 do DL 67/2003 e 1221.º e 1222.º CC), nada obstando pois a que se considere validamente invocada a “exceptio”.

Jorge Morais Carvalho



E-mail: jorgemoraiscarvalho@fd.unl.pt



ResearchGate



Vídeos da apresentação

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Temas de Direito Civil e Processual Civil Jorge Morais Carvalho, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa: A Empreitada: Delimitação e Comparação dos Regimes do Código Civil e do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 08-04 (Pt.1) Montepio - Auditório 22.01.2016 14:30



00:00:42 - 00:25:20

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia FCCN Comissão Nacional de Acesso à Justiça www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1sftwkwaet/flash.html>

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Temas de Direito Civil e Processual Civil Jorge Morais Carvalho, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa: A Empreitada: Delimitação e Comparação dos Regimes do Código Civil e do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 08-04 (Pt.2) Montepio - Auditório 22.01.2016 15:00



00:00:03 - 00:25:27

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia FCCN Comissão Nacional de Acesso à Justiça www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1sftwkwam/flash.html>

5.

O contrato de transporte aéreo de passageiros

Hugo Ramos Alves



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O contrato de transporte aéreo de passageiros

Hugo Ramos Alves*

1. O contrato de transporte aéreo de passageiros.
 - 1.1. Generalidades.
 - 1.2. Fontes do transporte aéreo.
 2. Campo de aplicação da Convenção de Montreal, da Convenção de Varsóvia e do Regulamento CE 261/2004.
 3. A responsabilidade do transportador.
 - 3.1. Do “sistema de Varsóvia” à Convenção de Montreal.
 - 3.2. O sistema binário de responsabilidade.
 4. Os direitos dos passageiros no contrato de transporte Aéreo.
 - 4.1. Generalidades.
 - 4.2. Sobrereserva.
 - 4.3. Morte ou lesão corporal.
 - 4.4. Extravio de bagagem.
 - 4.5. Atraso.
- Bibliografia. Jurisprudência. Vídeo de apresentação.

Apresentação *powerpoint*



* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

SUMÁRIO

O Contrato de Transporte Aéreo

Generalidades

Fontes

Direito Aplicável

A responsabilidade do transportador

Os direitos dos passageiros no contrato de transporte Aéreo

Sobrerreserva

Morte ou lesão corporal

Extravio de bagagem

Atraso



HUGO RAMOS ALVES | 15 de Janeiro de 2016

O “PROBLEMA PRÁTICO”

A Convenção de Montreal ou o sistema da Convenção de Varsóvia podem ser aplicáveis à sua viagem, e estas Convenções governam e podem limitar a responsabilidade dos transportadores aéreos em caso de morte ou ferimentos pessoais, perda ou dano de bagagem, e por atrasos. Caso seja aplicável a Convenção de Montreal, os limites de responsabilidade são os seguintes:

1. Não existem limites financeiros em caso de morte ou ferimentos pessoais.
2. Em caso de destruição, perda de, dano ou atraso da bagagem, 1.131 ‘Special Drawing Rights’ (aproximadamente 1.200 EUR; 1.800 U.S. dólares) por passageiro na maioria dos casos.
3. Por danos causados por atraso na viagem, 4.694 ‘Special Drawing Rights’ (aproximadamente 5.000 Euros; 7.500 US dólares) por passageiro na maioria dos casos.

O Regulamento EC nº 889/2002 requer aos transportadores aéreos da Comunidade Europeia a aplicação dos limites estabelecidos pela Convenção de Montreal em relação ao transporte aéreo dos passageiros e da sua bagagem. Muitos transportadores aéreos que não pertencem à Comunidade Europeia aplicam também a Convenção de Montreal no transporte de passageiros e da sua bagagem

HUGO RAMOS ALVES | 15 de Janeiro de 2016

O “PROBLEMA PRÁTICO”

Nos casos em que é aplicável a Convenção de Varsóvia, podem aplicar-se os seguintes limites de responsabilidade:

1. 16.600 ‘Special Drawing Rights’ (aproximadamente 20.000 Euros; 29.000 US dólares) por morte ou ferimentos pessoais nos casos em que seja aplicável o Protocolo de Haia à Convenção, ou 8.300 ‘Special Drawing Rights’ (aproximadamente 10.000 Euros; 14.000 US dólares) caso seja unicamente aplicável a Convenção de Varsóvia. Muitos transportadores aéreos dispensaram voluntariamente estes limites na sua totalidade, e as regras dos Estados Unidos da América estabelecem que, em viagens para, de ou com um local de paragem acordado que se situe nos E.U.A. o limite não poderá ser menor que 75.000 US dólares.
2. 17 ‘Special Drawing Rights’ (aproximadamente 20 Euros; 29 US dólares) por quilo por perda de ou dano ou atraso da bagagem registada, e 332 ‘Special Drawing Rights’ (aproximadamente 400 Euros; 575 US dólares) para bagagem não registada.
3. transportador pode ser responsável por danos provocados por atraso.

HUGO RAMOS ALVES | 15 de Janeiro de 2016

CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO



CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO

Contrato mediante o qual uma das partes se compromete/obriga perante outrem a fazer deslocar fisicamente (por si ou recorrendo aos serviços de outrem, por cuja actuação responderá) passageiros de um lugar para o outro.

O contrato de transporte de coisas, contrariamente ao que se verifica no transporte de passageiros, envolve a passagem das coisas transportadas para a esfera do transportador, que actuará como mero detentor das mercadorias transportadas.

No contrato de transporte de coisas, a prestação de transporte é recebida e verificada pelo credor do transporte no local de destino das coisas e no momento da descarga, enquanto que no contrato de transporte de pessoas a prestação de transporte é controlada pelo passageiro de modo continuado. Trata-se de um elemento que permitirá afirmar que, no contrato de transporte de mercadorias, impende sobre o transportador um dever de custódia, como consequência do facto de o credor do transporte ficar privado do controlo das coisas transportadas.

HUGO RAMOS ALVES | 15 de Janeiro de 2016

CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO

- ✓ Tem como obrigação principal a deslocação física de pessoas e como dever acessório a vigilância sobre as pessoas e coisas transportadas, competindo ao transportador velar pela segurança dos passageiros.
- ✓ O transporte de bagagens e respectiva conservação é um dever acessório do transportador.
- ✓ Contrato bilateral, sinalagmático, consensual, podendo ser oneroso ou gratuito.
- ✓ É uma *species* do contrato de prestação de serviços (1154.º e segs do CC), correspondendo a um acto de comércio sempre a obrigação de transportar seja assumida por um profissional dotado de organização empresarial (366.º do Ccom).

HUGO RAMOS ALVES | 15 de Janeiro de 2016

ELEMENTOS ESSENCIAIS

- (i) o **objecto da prestação a cargo do transportador**, i.e., a deslocação de pessoas;
- (ii) **pagamento do preço**;
- (iii) o **meio de transporte** onde a prestação deve ser efectuada;
- (iv) a **viagem** e, eventualmente, o itinerário;
- (v) o **tempo de execução** da viagem;

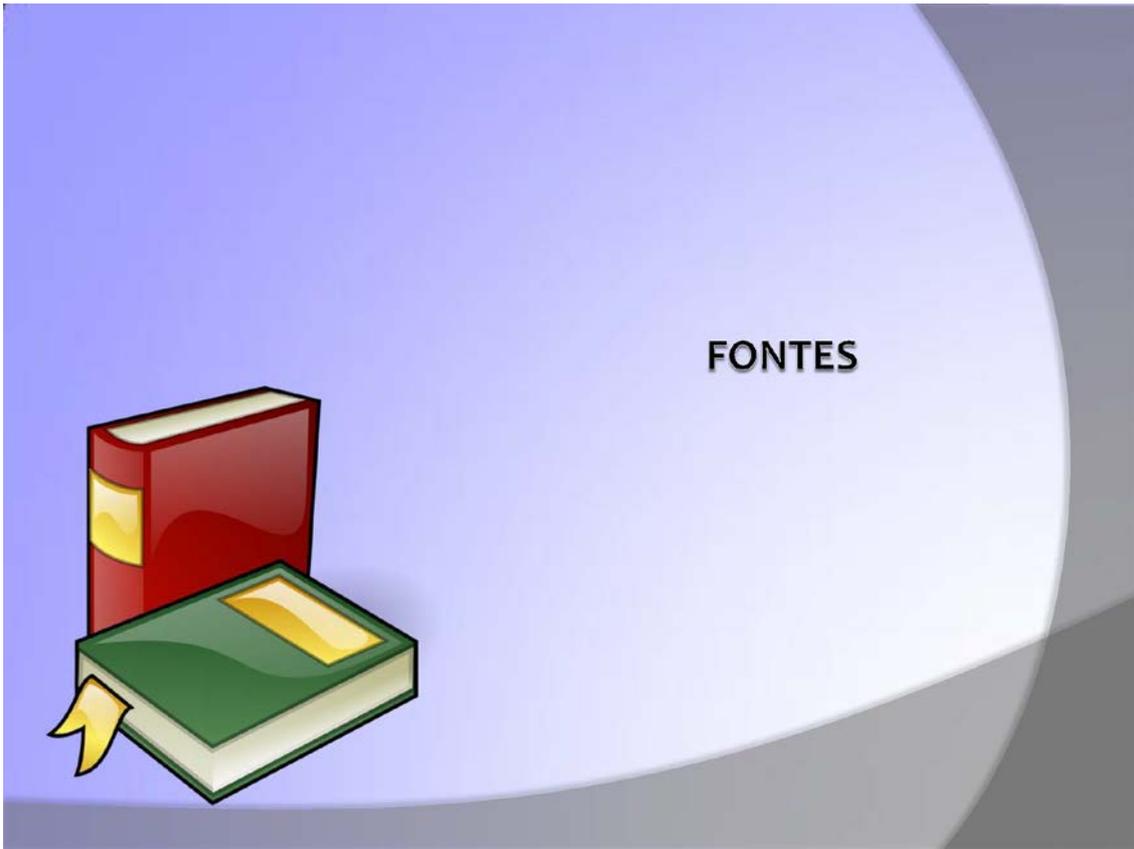
HUGO RAMOS ALVES | 15 de Janeiro de 2016

CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO

Em sede geral:

- (i) ao lesado que queira demandar o transportador, incumbe o ónus de alegar e provar a celebração do contrato, a entrega da bagagem ao transportador e o facto ilícito causador do dano;
- (ii) ao transportador cabe o ónus de alegar e provar as circunstâncias excludentes da culpa;
- (iii) Transportador pode afastar ou atenuar a sua responsabilidade com fundamento em culpa contributiva do lesado, recaindo sobre o transportador o respectivo *onus probandi*;
- (iv) para ter direito a ser indemnizado irrestritamente (sem limite máximo), o lesado tem de provar o dolo ou culpa equiparada do transportador;

HUGO RAMOS ALVES | 15 de Janeiro de 2016



FONTES INTERNAS

Decreto-Lei n.º 321/89, de 25 de Setembro, o qual institui a obrigatoriedade de realização do contrato de seguro na actividade de transporte aéreo

Nos termos do seu artigo 1.º, número 1 é aplicável ao transporte aéreo de passageiros bagagens e carga, incluindo nesta animais e correio, com aeronaves matriculadas em Portugal, ou com matriculadas no estrangeiro que utilizem aeroportos ou aeródromos portugueses ou que sobrevoem o espaço aéreo nacional.

Decreto-Lei n.º 198/93, de 27 de Maio, relativo ao contrato de viagem organizada,

Art. 3.º, n.º 1, assenta no conceito de viagens organizadas, consideradas como as que combinam dois dos seguintes serviços, quer sejam vendidas quer sejam propostas para venda a um preço global, incluindo a totalidade das despesas do cliente.

FONTES “EXTERNAS”

Convenção de Varsóvia, de 1929, sobre Transporte Aéreo Internacional

Actualmente deve ser tida em consideração a **Convenção de Montreal de 28 de Maio de 1999** sobre Transporte Aéreo Internacional;

Regulamento (CE) n. 2407/1997, o qual visa a unificação de um novo regime de responsabilidade por danos pessoais causados a passageiros no transporte efectuado por “transportadora comunitária”;

Regulamento CE n.º 889/2002, destinado a procurar alinhar o regime de responsabilidade com o da CM.

Regulamento CE 261/2004, referente ao *overbooking* (sobrerreserva)

HUGO RAMOS ALVES | 15 de Janeiro de 2016

ARTICULAÇÃO DE REGIMES

O Decreto-Lei n.º 321/89 encontra-se relegado para um plano secundário, na medida em que os Regulamentos comunitários, por vincularem imediatamente os Estados-Membros, acabam por reger no prisma interno e, assim, afastam o campo de aplicação do diploma interno.

Apenas será aplicável:

- (i) o capítulo II a propósito da responsabilidade civil do transportador no transporte aéreo de passageiros e bagagens relativamente a voos internos realizados por transportadores extracomunitários;
- (ii) o Capítulo II sobre a responsabilidade do transportador aéreo de mercadorias será aplicável a voos internos;
- (iii) manter-se-ão em vigor as normas sobre a responsabilidade civil do proprietário ou explorador de aeronave por danos causados à superfícies, e
- (iv) a propósito do seguro de responsabilidade civil, será exigido um seguro até ao limite máximo previsto no n.º 1 do art. 21 da CM;

HUGO RAMOS ALVES | 15 de Janeiro de 2016

DIREITO APLICÁVEL



DIREITO APLICÁVEL

De acordo com o art. 1.º, número 1 da CV e da CM, estas só se aplicarão a contratos onerosos, sendo certo que são igualmente incluídas as operações de transporte gratuito, contanto que efectuadas por uma empresa de transporte aéreo.

São excluídos os envios postais, prevendo-se que a titularidade do direito à eventual reparação caberá a administração postal que haja encomendado o transporte em causa

Resulta do art. 1.º, número 2 da CV e da CM que o regime nelas plasmado apenas será aplicável a transportes internacionais. Todavia, por força do **Regulamento CE n.º 889/2002, a responsabilidade de transportadoras aéreas comunitárias relativamente a passageiros e bagagem, regula-se por todas as disposições da CM.**

HUGO RAMOS ALVES | 15 de Janeiro de 2016

DIREITO APLICÁVEL

- Não estamos perante uma noção que tenha como ponto de partida a nacionalidade dos passageiros ou do transportador.
- Assenta-se num critério de matriz objectiva: o facto de o local de partida e de o local de chegada se encontrem em pontos geográficos distintos, *rectius*, em países distintos.

Mesmo nos casos em que um voo tenha como destino e origem locais sitos no mesmo Estado-contratante, poderemos ter um contrato de transporte internacional nos casos em que seja efectuada uma escala no território de um país terceiro.

- O facto de terem de ser tidas em consideração estas conexões objectivas deve ser feita do ponto de vista da vontade das partes, dado que apenas contam os locais de partida e chegada acordados e não os locais reais, dado que o regime visa tutelar a confiança legitimamente depositada na aplicabilidade do regime.

HUGO RAMOS ALVES | 15 de Janeiro de 2016

RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR



CARACTERIZAÇÃO

- Regime imperativo, que não pode ser afastado para ampliar as causas de exoneração e para diminuir o limite indemnizatório (arts. 26.º e 49.º da CM);
- Disposições divergentes podem ser admissíveis se forem mais favoráveis para o passageiro (art. 27.º);
- Objectivação da responsabilidade do transportador:
 - (i) Desaparecimento da “culpa de pilotagem” como causa de exoneração de responsabilidade;
 - (ii) Perda de bagagens apenas exonera transportador se ocorrer caso exceptuado (art. 18.º, n.º 2 da CM);
 - (iii) Cláusula geral de exoneração de responsabilidade pela demora no transporte e pela perda ou deterioração de bagagens (art. 19.º CM);

HUGO RAMOS ALVES | 15 de Janeiro de 2016

SISTEMA BINÁRIO

- Objectivação da responsabilidade, acompanhada de sistema de seguro generalizado;
- Conduz ao desaparecimento de tectos indemnizatórios.
 - (i) Ocorrendo dano de lesão corporal ou morte ocorridos a bordo ou durante as operações de embarque e desembarque, a transportadora responde até 100.000 DSE apenas podendo provar culpa do interessado ou concurso desta (17.º, número 1, 20.º e 21.º, n.º 1 CM);
 - (ii) Danos que excedam este montante poderão ser indemnizáveis sem limite, partindo-se de uma presunção de culpa do transportador, que se poderá exonerar através da prova de diligência (identificação da causa do dano e demonstração de que os efeitos deste não seriam evitáveis);

HUGO RAMOS ALVES | 15 de Janeiro de 2016

DIREITOS DOS PASSAGEIROS



SOBRERESERVA

Quando a transportadora aérea tiver motivos razoáveis para prever que vai ter de recusar o embarque de passageiros para um voo (*overbooking*), deve encontrar passageiros que aceitem ceder a sua reserva em troca de benefícios, oferecendo o reembolso do valor do bilhete ou um voo alternativo (art. 4.º/1 do Reg).

Se o número de voluntários for insuficiente a transportadora aérea poderá recusar o embarque de passageiros contra a sua vontade (art. 4.º/2 do Reg).

Nesse caso, os passageiros têm direito a:

- Receber indemnização nos termos do art. 7.º do Reg;
- Receber assistência (refeições, bebidas, duas chamadas gratuitas e alojamento e transporte, caso se justifique) nos termos do art. 8.º e 9.º do Reg.

CANCELAMENTO DE VOO

Em caso de cancelamento de um voo, os passageiros têm direito a:

- ✓ **Escolher entre o reembolso do valor do bilhete ou a possibilidade de viajar num voo alternativo;**
- ✓ **Receber assistência (refeições, bebidas e duas chamadas gratuitas);**
- ✓ Em caso de reencaminhamento (voo alternativo) e se a partida estiver prevista para o dia seguinte, a transportadora aérea deve oferecer aos passageiros alojamento em hotel e transporte entre o aeroporto e o alojamento;
- ✓ Receber informações relativas a transportes alternativos;
- ✓ Receber indemnização, excepto nos casos previstos no artigo 5.º, n.º 1, al. c) do Regulamento, em que houve um aviso antecipado do cancelamento. (art. 5.º do Reg)

Exceções: casos de instabilidade política, mau tempo, riscos no voo, greves externas.

HUGO RAMOS ALVES | 15 de Janeiro de 2016

ATRASO

Em caso de atraso, a transportadora aérea deve prestar assistência (refeições, bebidas e duas chamadas gratuitas) aos passageiros quando tiver motivos razoáveis para prever que um voo se vai atrasar:

- ☞ Duas horas ou mais, em voos até 1500km;
- ☞ Três horas ou mais, em voos intracomunitários com mais de 1500 km e para os outros voos entre 1500 e 3500km;
- ☞ Quatro horas ou mais, em todos os outros voos.

Se a partida estiver prevista para o dia seguinte, a transportadora aérea deve oferecer aos passageiros alojamento em hotel e transporte entre o aeroporto e o alojamento.

Se o atraso for de pelo menos quatro horas, a transportadora aérea deve oferecer aos passageiros a possibilidade do reembolso do valor do bilhete.

Exceções: casos de instabilidade política, mau tempo, riscos no voo, greves externas.

HUGO RAMOS ALVES | 15 de Janeiro de 2016

INDEMNIZAÇÃO

Sempre que os passageiros tenham direito a uma indemnização, a mesma é calculada de acordo com as seguintes regras:

- ☞ Indemnização no valor de €250, para voos até 1500km;
- ☞ Indemnização no valor de €400, para voos intracomunitários com mais de 1500km e para os outros voos entre 1500 e 3500km;
- ☞ Indemnização no valor de €600, para todos os outros voos.

Em certos casos específicos de reencaminhamento (voo alternativo) estas indemnizações podem ser reduzidas. (art. 6.º do Reg).

HUGO RAMOS ALVES | 15 de Janeiro de 2016

MORTE OU LESÃO CORPORAL



ACIDENTE

De modo que os danos de morte e lesão corporal sofridos pelos passageiros sejam ressarcidos à luz dos regimes convencionais, é mister que eles provenham de um acidente.

“Acidente” é sinónimo de acontecimento que, sendo estranho, anómalo e imprevisível, se relacione com os riscos próprios da navegação aérea e se verifique no decurso das operações de transporte ou, em alternativa, que apresente uma conexão estreita e directa com tais operações e a própria aeronave, enquanto, numa acepção ampla será todo e qualquer acontecimento do qual sobrevenha, no arco temporal definido pelos arts. 17 da CV e da CM, a produção de danos de morte ou de lesão corporal para os passageiros, abstraindo da sua relação com a aeronave ou com as operações de transporte.

A priori, deverá ser seguida esta via interpretativa, na media em que permite uma optimização da tutela dos interesses dos utilizadores do transporte aéreo e uma maior uniformidade de soluções. Assim deverá ser tida em consideração a realidade do próprio passageiro, não sendo relevados factores como as operações da aeronave ou os riscos associados à navegação aérea

HUGO RAMOS ALVES | 15 de Janeiro de 2016

EXTRAVIO DE BAGAGENS



ACIDENTE

Limite máximo da responsabilidade pela bagagem registada

Convenção de Varsóvia	20USD/kilograma
Convenção de Montreal	1.000 DSE (Direitos de Saque Especial, moeda com cotação no Banco de Portugal)

No âmbito da Convenção de Montreal/Regulamento (CE) nº 889/2002, o passageiro pode fazer valer os direitos decorrentes do contrato de transporte contra a transportadora aérea, se no prazo de 21 dias a contar da data em que a bagagem deveria ter chegado, esta não lhe for entregue.

No âmbito da CV e da CM, o passageiro pode intentar contra qualquer transportadora aérea uma acção judicial, respeitante a indemnização por danos, no prazo de 2 anos a contar da data de chegada do avião ou a contar da data em que o avião deveria ter chegado

HUGO RAMOS ALVES | 15 de Janeiro de 2016

RECLAMAÇÃO

O passageiro deve apresentar reclamação, **por escrito**, à transportadora aérea, o mais rapidamente possível, isto é:

Ocorrência	Prazos
Danos na bagagem registada	7 dias a contar da data em que a bagagem é colocada ao dispor do passageiro
Atraso na entrega da bagagem registada	21 dias a contar da data em que a bagagem é colocada ao dispor do passageiro

Se a reclamação não for apresentada nos prazos indicados, não poderá ser intentada acção contra uma transportadora aérea;

Deve ser apresentada fotocópia dos comprovativos de despesas directamente relacionadas com o extravio ou atraso na entrega da bagagem deve acompanhar a reclamação.

HUGO RAMOS ALVES | 15 de Janeiro de 2016

ATRASOS



ATRASO

De acordo com o art. 19.º da CV e da CM, o transportador é responsável pelo prejuízo resultante de um atraso no transporte aéreo de viajantes, bagagens ou mercadoria.

Neste particular, os diplomas de Direito material uniforme não curam da definição de atraso.

Pese embora a sua simplicidade, julgamos que haverá atraso a partir do momento em que seja superado o horário previsto para a chegada.

Quid juris, nos casos em que não seja previsto? *A priori*, deverão ser tidos em consideração os usos e costumes comerciais relativos ao tipo de operação em causa

ATRASO

O art. 19 da CV configura uma típica situação de responsabilidade contratual por culpa presumida, sem a tradicional inversão do ónus de prova a cargo do transportador, caracterizado pela sua indemnizabilidade a favor do carregador e pela limitação do débito ressarcitório.

Esse regime permanece substancialmente inalterado em virtude de a CM, no art. 19.º, n.º 1, assentar num critério de imposição da obrigação ressarcitória baseado na culpa presumida do transportador, sendo que o seu n.º 2 prevê a mesma prova liberatória já existente na CV.

Face ao teor do Regulamento Regulamento (CE) n.º 261/2004, de 11 de Abril é de crer que o disposto na CV e na CM cede perante a legislação comunitária (nos casos em que o passageiro pretenda accionar a transportadora num dos Estados-Membros da União Europeia

HUGO RAMOS ALVES | 15 de Janeiro de 2016

OBRIGADO PELA V. ATENÇÃO!



HUGO RAMOS ALVES

ramosalves@fd.ulisboa.pt

hugoaralves@gmail.com

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, CARLOS NEVES DE, Do contrato de transporte aéreo e da responsabilidade civil do transportador aéreo, Coimbra: Livraria Almedina, 2010.

ALVES, HUGO RAMOS, Em tema de direitos dos passageiros no contrato de transporte aéreo, in Estudos de direito aéreo, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 297-318.

ANTONINI, ALFREDO, Corso di Diritto dei Trasporti, Milão: Giuffrè, 2004.

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA – O contrato de transporte, in O Direito 141 (2009), p. 539-566.

BASTOS, NUNO CASTELLO-BRANCO, Direito dos Transportes, Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

CLARKE, MALCOLM/YATES, DAVID, Contracts of carriage by land and air, Londres-Singapura: LLP, 2004.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, Introdução ao direito dos transportes, in Revista da Ordem dos Advogados 68 (2008), pp. 138-172.

DEIANA, MASSIMO , Riflessioni sulla sovrapprenotazione nel trasporto aéreo, in MASSIMO DEIANA (organizador), Studi sui negato imbarco, cancelazione del volo e ritardo nel trasporto aereo, Cagliari: Edizioni AU, 2005, pp. 27-54.

GIACOBBE, SARA, La responsabilità del vettore aereo per ritardo, in MASSIMO DEIANA (organizador), Studi sui negato imbarco, cancelazione del volo e ritardo nel trasporto aereo, Cagliari: Edizioni AU, 2005, pp. 87-155.

GONELLI, PAOLO/MIRABELLI, GIUSEPPE, Trasporto (contrato di), in ED, tomo XLIV, Milão: Giuffrè, 1992, pp. 1154-1174.

LOURENÇO, NUNO CALAIM , A limitação de responsabilidade do transportador aéreo internacional no transporte de pessoas – de Varsóvia a Montréal, in JANUÁRIO COSTA GOMES (ORG), Temas de direito dos transportes, Coimbra: Livraria Almedina, 2010, pp. 385-534.

PIRAS, MASSIMILIANO, Il rifiuto e il ritardo del vettore nella nuova disciplina comunitaria, in MASSIMO DEIANA (organizador), Studi sui negato imbarco, cancelazione del volo e ritardo nel trasporto aereo, Cagliari: Edizioni AU, 2005, pp. 155-185.

RIGHETTI, GIORGIO, Trasporto marittimo e aereo, in NssDI, vol. XIX, Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1973, pp. 598-612.

SARMENTO GARCÍA, Estructura de la responsabilidad del transportador aéreo en el Convenio de Montreal de 1999, in Diritto dei Trasporti XVII (2004), pp. 687-709.

TULLIO, LEOPOLDO, Overbooking, cancellazione e ritardi in MASSIMO DEIANA (organizador), Studi sui negato imbarco, cancelazione del volo e ritardo nel trasporto aereo, Cagliari: Edizioni AU, 2005, pp. 9-26.

ZAMPONE, La Responsabiliá del vettore aereo per negatoimbarco e cancellazione del volo, in MASSIMO DEIANA (organizador), Studi sui negato imbarco, cancelazione del volo e ritardo nel trasporto aereo, Cagliari: Edizioni AU, 2005, pp. 55-86

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13 de Janeiro de 2009 (Processo 9588/2008-1)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9 de Fevereiro de 2009 (Processo 0854270)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Fevereiro de 2010 (Processo 3003/08.3TVLSB-L1-7)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Abril de 2010 (Processo 6817/04.OYXLSB.L1-2)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de Abril de 2010 (Processo 4324/06.5TVLSB.L1-8)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de Novembro de 2011 (Processo 4694/04.0TCLRS.L1-7)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de Maio de 2013 (Processo 282/11.2TJLSB.L1-6)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de Setembro de 2014 (Processo 300/13.OYXLSB.L1-6)

Vídeo da apresentação

The image shows a video player interface. At the top left, the logo for 'CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS' is displayed in black and red text. Below it, contact information is provided: 'Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt'. A black banner across the top contains the text: 'Temas de Direito Civil e Processual Civil', 'Hugo Ramos Alves, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: O Contrato de Transporte Aéreo de Passageiros', and 'Centro de Estudos Judiciários - Auditório 15.01.2016 14:30'. The main video area shows a man in a suit, Hugo Ramos Alves, speaking at a podium with a microphone. To his right is a large presentation slide with a light blue background and a white circle. The slide text reads: 'Temas de Direito Civil' in orange, 'O CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS' in blue, and 'HUGO RAMOS ALVES' in black. Below the slide, a video player control bar shows a play button, a progress bar at 00:00:26, a duration of 00:57:11, and various control icons. At the bottom left, logos for 'FCT' (Fundação para a Ciência e a Tecnologia) and 'FCCN' (Centro de Estudos Judiciários) are visible. The website 'www.fccn.pt' is shown at the bottom right.

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1a4e0074ie/flash.html>

6.

Algumas notas sobre o agravamento e a diminuição do risco no contrato de seguro

Júlio Gomes



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Algumas notas sobre o agravamento e a diminuição do risco no contrato de seguro

Júlio Gomes*

Vídeo da apresentação

The image shows a video player interface. At the top, the logo for 'CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS' is displayed in red and black. Below the logo, contact information is provided: 'Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt'. A navigation bar contains the following text: 'Temas de Direito Civil e Processual Civil', 'Júlio Gomes, Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça: Da Declaração do Risco no Momento da Celebração do Contrato de Seguro', and 'Auditório do Centro de Estudos Judiciários 08.05.2015 14:37'. The main video frame shows a man, Júlio Gomes, sitting at a table with a red cloth. He is wearing a dark suit and is gesturing with his right hand while speaking into a microphone. In front of him are two nameplates: one for 'CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS' and another for 'Júlio Gomes'. A water bottle is visible on the table. The video player controls at the bottom show a progress bar at 00:16:10, a total duration of 00:27:10, and various playback icons. Logos for 'FCT' and 'FCCN' are visible in the bottom left corner, and the website 'www.fccn.pt' is in the bottom right corner.

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2ad6chybk/flash.html>

* Juiz Conselheiro, Supremo Tribunal de Justiça.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

7.

O contrato de *swap* como “instrumento financeiro”

António Pereira de Almeida



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O Contrato de Swap como instrumento financeiro¹

António Pereira de Almeida*

1. Noção de Instrumentos Financeiros.
 - a) Valores mobiliários.
 - b) Derivados
 2. Os derivados.
 - a) Finalidade.
 - b) Tipos de derivados.
 - c) Natureza jurídica.
 3. Tipos e natureza jurídica dos *swaps*.
 - a) Noção.
 - b) Tipos de *swaps*.
 - c) Natureza jurídica.
 4. Deveres do intermediário financeiro.
 - a) Dever de categorização do cliente.
 - b) Dever de avaliação da adequação da operação.
 - c) Dever de informação.
 - d) Conflitos de interesses.
 5. Das invalidades.
 - a) Cláusulas contratuais gerais.
 - b) Violação de disposições imperativas.
 - c) Da boa fé.
 6. Responsabilidade.
 - a) Pressupostos.
 - b) A protecção indemnizatória de confiança.
 - c) A responsabilidade dos Administradores.
- Vídeo da apresentação.

1. Noção de Instrumentos Financeiros

A legislação base para estudo desta matéria é o Código de Valores Mobiliários (CVM) e a Directiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Abril de 2004 - Directiva dos Mercados e Instrumentos Financeiros (DMIF).

O CVM não contém uma definição de instrumentos financeiros, mas o art.º 2.º – assim como a DMIF – contém uma enumeração de instrumentos financeiros, que se podem reconduzir a três categorias fundamentais: os valores mobiliários, os instrumentos do mercado monetário e os derivados.

Os instrumentos do mercado monetário – excluindo os meios de pagamento - interessam principalmente ao direito financeiro e bancário e são definidos na DMIF como “categorias de

¹ Todos os artigos, sem menção de diploma, referem-se ao CVM.

* Advogado.

instrumentos habitualmente negociadas no mercado monetário, como por exemplo bilhetes do Tesouro, certificados de depósito e papel comercial, com exclusão dos meios de pagamento”.

Por seu lado, os *warrants*, que são valores mobiliários (art.º 1.º, al. e)), também são instrumentos financeiros derivados.

Os valores mobiliários são, portanto, uma espécie do género instrumentos financeiros, que integram realidades muito heterogéneas, que dificultam uma definição omnicompreensiva.

Mesmo assim, manteve-se a designação de CVM, atendendo a que os valores mobiliários são uma realidade de primeira geração com maior tradição e implantação na vida comercial.

a) Valores mobiliários

O CVM também não dá uma definição de valores mobiliários, limitando se a uma enunciação nas alíneas a) a f) do art.º 1.º: acções, obrigações, títulos de participação, unidades de participação em instituições de investimento colectivo (OICs), *warrants* autónomos e direitos destacados dos valores mobiliários.

Esta enumeração não é taxativa e da al. g) pode depreender-se uma definição de valores mobiliários: documentos representativos de situações jurídicas homogéneas, desde que sejam susceptíveis de transmissão em mercado.

b) Derivados

Com a transposição da Directiva DMIF pelo Dec-Lei nº 357-A/2007, de 31 de Outubro, o n.º 2 do art.º 2.º do CVM passou a enunciar os instrumentos financeiros derivados por remissão para as als. c) a f), nos termos seguintes:

“c) Os instrumentos derivados para a transferência do risco de crédito;

d) Os contratos diferenciais;

e) As opções, os futuros, os swaps, os contratos a prazo e quaisquer outros contratos derivados relativos a:

- i) Valores mobiliários, divisas, taxas de juro ou de rendibilidades ou relativos a outros instrumentos derivados, índices financeiros ou indicadores financeiros, com liquidação física ou financeira;*
- ii) Mercadorias, variáveis climáticas, tarifas de fretes, licenças de emissão, taxas de inflação ou quaisquer outras estatísticas económicas oficiais, com liquidação financeira ainda que por opção de uma das partes;*

- iii) *Mercadorias, com liquidação física, desde que sejam transaccionados em mercado regulamentado ou em sistema de negociação multilateral ou, não se destinando a finalidade comercial, tenham características análogas às de outros instrumentos financeiros derivados nos termos do artigo 38.º do Regulamento (CE) n.º 1287/2006, da Comissão, de 10 de Agosto;*

Os contratos diferenciais não constituem uma categoria autónoma, mas uma forma de liquidação/compensação de contratos de derivados.

Os derivados, como categoria autónoma, dita de terceira geração, abrangendo várias realidades, têm vindo a ganhar progressiva importância na moderna economia financeira e merecem um tratamento especial.

2. Os derivados

Os derivados são instrumentos financeiros complexos, como resulta do art.º 314.º-D n.º 2 al. a), que revestem a mesma natureza jurídica, não obstante a sua diversidade, servindo para várias finalidades.

a) Finalidades

i) Cobertura de risco (*hedging*)

O adquirente de uma posição longa (compra) de um futuro ou de uma opção cobre o risco de subida a prazo do valor do activo subjacente. Mas, se valor deste descer, tem uma perda.

O adquirente de uma posição curta (venda) de um futuro ou de uma opção cobre o risco de descida a prazo do valor do activo subjacente. Mas, se valor deste subir, tem uma perda.

ii) Especulação

Um investidor, em vez de comprar acções, pode adquirir uma posição longa (compra) num futuro dessas mesmas acções, como activo subjacente, investindo apenas o valor da “margem” (pagamento inicial de garantia de liquidação) ou prémio (nas opções).

Se as acções, na data do exercício, valerem mais, tem um ganho, investindo inicialmente menos do que o seu valor de compra.

Mas, se as acções perderem valor, tem um prejuízo – igual à diferença entre o valor inicial e aquele à data do exercício - que, no caso dos futuros, pode ser mais do que o valor investido. Nas opções, se as não exercer, apenas perde o prémio.

iii) Arbitragem

Na arbitragem, joga-se com as diferenças de valor em mercados diferentes.

b) Tipos de derivados

Existem vários tipos de derivados, dos quais se destacam os futuros, as opções e os *swaps*.

Mas, os activos subjacentes podem ser os mais diversos, como resulta logo da enunciação do citado art.º 2.º n.º 2.

i) Futuros

Os futuros são contratos a prazo padronizados, negociáveis em mercado organizado, que conferem posições obrigacionais de compra e de venda de determinado activo subjacente, por um preço previamente fixado, a executar numa data futura (vencimento) mediante liquidação física ou financeira. Os activos subjacentes podem ter uma diversidade de objectos, desde valores mobiliários, índices, matérias primas ou mercadorias.

O comprador assume uma chamada posição longa, enquanto o vendedor assume uma posição curta. Na data do vencimento, o comprador tem a obrigação de comprar o activo subjacente ao preço convencionado (liquidação física) ou de liquidar a diferença entre o preço do activo subjacente e o preço contratado (liquidação financeira). Por sua vez, o vendedor assume a obrigação de vender o activo subjacente ao preço contratado ou de receber a diferença, conforme a forma de liquidação.

Se, na data do vencimento, o preço de exercício (*strike price*) for mais elevado, o comprador tem um ganho e o vendedor uma perda. Se ocorrer o contrário, as posições invertem-se.

Os futuros, quando negociados em mercados organizados, não existe o risco de contraparte, uma vez que a negociação é feita com uma **contraparte central** sujeita a regras rigorosas de compensação e liquidação (art.º 258.º e segs.).

A entidade gestora do mercado organizado define as cláusulas gerais do mercado padronizado e os investidores limitam-se, através dos seus intermediários financeiros, a introduzir no sistema as respectivas ordens de compra ou de venda, cujos preços devem estar compreendidos entre os limites mínimos e máximos fixados na respectiva ficha técnica (*ticks*). Deste modo, com a standardização, o único elemento negociável é o preço, que tem de ser um múltiplo do *tick*.

Os contratos formam-se através do encontro das posições abertas de compra e de venda, assumindo a entidade gestora do mercado organizado, como contraparte central, a posição de compradora perante o investidor que deu ordem de venda e de vendedor perante o investidor que emitiu ordens de compra. Por conseguinte, as relações não se estabelecem directamente entre os investidores.

Porém, por razões de segurança de liquidação, os investidores, no início do contrato de futuros devem depositar uma quantia inicial (margem), que serve de suporte para as primeiras oscilações (art.º 261.º), podendo ser necessário pagamentos adicionais (reforços de margem). Para o efeito, existe um procedimento de actualizações diárias, ajustando os contratos ao valor de mercado (*mark to market*).

As posições contratuais não são transacionáveis. Os titulares das posições contratuais podem encerrá-las através da abertura de novas posições contratuais de sentido inverso (art.º 259.º, nº 3). Outra alternativa consiste em abrir uma nova posição com a mesma dimensão, mas num contrato com uma data de exercício posterior (*roll-over*).

Mas, os futuros também podem ser negociados em mercado de balcão – *over the counter* (OTC) - e, então, são conhecidos por **forwards**, pelo facto do comprador e do vendedor negociarem entre si todos os parâmetros do contrato.

ii) Opções

As opções são também contratos a prazo que atribuem a uma das partes, mediante o pagamento de um *prémio* inicial, o direito potestativo de compra ou de venda, na data do vencimento, de um certo activo subjacente por um preço previamente fixado.

São designados por derivados não lineares, contrapondo aos derivados *lineares*, pela assimetria existente entre as partes contratantes, uma vez que uma das partes tem o direito potestativo, mas não a obrigação, de compra ou venda e, a outra parte, fica na correspondente situação de sujeição da venda ou da compra do activo subjacente.

O titular da opção de compra (*call option*) tem uma expectativa de subida das cotações do activo subjacente e obterá um ganho se esta se confirmar na data do vencimento.

Se, pelo contrário, ocorrer uma descida das cotações, naturalmente não exercerá a opção e apenas perde o valor do prémio pago (preço da opção).

Por seu lado, o titular da opção de venda (*put option*) tem expectativas de descida das cotações, e, se esta se verificar, controla o risco da correspondente desvalorização do activo subjacente, podendo vendê-lo ao preço convencionado.

Assim, na data do vencimento, o beneficiário terá interesse em exercer a opção de compra se o valor de referência (*spot price*) for superior ao preço de exercício acordado (*strike price*) – *in the money* – mas não terá interesse se a situação for contrária – *out of the money* – sendo indiferente em caso de igualdade (*at the money*).

Quanto ao vencimento, as opções dizem-se europeias se só puderem ser exercidas na data do vencimento, ou *americanas* se puderem ser exercidas em qualquer altura até essa data.

iii) Swaps

Os *swaps* constituem uma das mais importantes inovações da engenharia financeira, passando de escassas dezenas de contratos na década de 80 para cerca de 1.500 em 1990 e vários milhares por dia actualmente. Quanto aos montantes envolvidos, os contratos de *swaps* em aberto (*outstanding amounts*) ascendiam a cerca de 2,9 biliões de dólares em 1990 e passaram para 200 biliões de dólares em 2005 e mais de 380 biliões em 2007.

Saliente-se que, como os *swaps* não são negociados em mercado organizado, é necessária a intervenção dos Bancos e de outros intermediários financeiros (*swap dealers*) na sua formação, uma vez que é muito difícil que duas empresas conheçam as necessidades recíprocas para, entre si, contratarem um *swap*. Os Bancos intervêm, então, abrindo posições (*swap brokers*) e procurando uma contraparte, recebendo uma comissão pelo fecho do negócio. Mas, na procura de maiores receitas, os Bancos transformam-se em *swap dealers* intermediando os fluxos financeiros mediante um *bid-ask-spread*, ou, mesmo, figurando como contraparte.

Enquanto os futuros e opções têm por base contratos padronizados integrados em mercados organizados, os *swaps* são negociados entre empresa ou em balcão - *over the counter* (OTC) - com diversos activos subjacentes, o que os torna mais complexos e justifica um tratamento destacado.

Os activos subjacentes são meramente nocionais, isto é, são apenas valores de referência (*notionals*), não sendo objecto de transmissão entre as partes.

No entanto, os activos subjacentes de ambas as partes devem ter características idênticas, isto é, um *swap* deve basear-se em activos nocionais de igual montante e com os mesmos vencimentos, embora com taxas diferentes.

c) Natureza jurídica

Os derivados têm origem num **contrato**, seja entre o investidor e a “Contraparte Central”, nos futuros e opções, seja entre os próprios intervenientes, nos *swaps*. Mesmo nas opções existe um acordo de vontades inicial, embora o exercício seja um acto unilateral (direito potestativo).

São sempre **contratos a prazo**, isto é, de execução sucessiva, existindo uma dilação entre a celebração do contrato e o exercício dos direitos ou cumprimento das obrigações.

São **contratos sinalagmáticos**, uma vez que as prestações são recíprocas e são **onerosos** porque existe sempre contrapartida.

Geralmente são **contratos diferenciais** – *Contracts for difference* (CFDs) – porque a liquidação é financeira na data do exercício, ou seja a diferença entre o preço fixado inicialmente e o preço de exercício (*strike price*), que é o preço de mercado nessa data.

Em geral, são qualificados como aleatórios e até há quem os equipare aos contratos de jogo ou aposta. Mas, existe uma grande diferença em relação a estes contratos, em que a contrapartida depende apenas da sorte e quase nunca se concretiza, enquanto, nos derivados,

há sempre contrapartida. O mesmo se diga relativamente ao contrato de seguro, também aleatório, em que a contrapartida pode não existir e ambas as partes até preferem que não exista. Ninguém quer ter um acidente por haver celebrado um contrato de seguro de responsabilidade civil, ou que ficar doente, se tiver contraído um seguro de saúde.

Assim, prefiro qualificar os derivados como **contratos comutativos com risco**, porque existe sempre uma contrapartida, o valor desta é que pode variar, ou seja é *certus an, incertus quantum*. Aliás, em contratos de fornecimento ou de empreitada, com preço fixo, sem revisão, qualificados como comutativos, também existe um risco idêntico.

Os derivados são meras posições contratuais, sem representação titulada ou escritural.

3. Tipos e natureza jurídica dos swaps

a) Noção

Os contratos de *swap* são instrumentos financeiros, constituídos geralmente por um contrato-quadro (*Master Agreement*) e por condições particulares (*confirmation*), negociadas com a intervenção de um intermediário financeiro – na qualidade de *broker* ou *dealer* – cujo activo subjacente é fundamentalmente referencial ou nocional, tendo por finalidade a troca de fluxos financeiros futuros para gestão de riscos, mas podendo também desempenhar funções de arbitragem ou especulação.

Os *swaps* podem revestir vários tipos em função do activo subjacente.

b) Tipos de swaps

i) Swaps de taxas de juro (interest rate swaps)

Os *swaps* sobre taxas de juro são contratos mediante os quais dois mutuários de empréstimos do mesmo montante e com o mesmo vencimento, mas com taxas de juro calculadas sobre bases distintas, se comprometem a fazer pagamentos recíprocos com base nas taxas de juro da contraparte sobre o valor nocional, mantendo-se as partes devedoras dos empréstimos nominais para com os respectivos mutuantes.

A forma mais simples designa-se por *plain vanilla* e tem por base uma troca de pagamentos em taxa fixa por pagamentos em taxa.

Por exemplo, uma empresa **A** tem créditos a taxas de juro fixas e financiamentos a taxa de juro variável, estando sujeita ao risco dos eventuais agravamentos desta. Para gerir este risco, poderá contratar um *coupon swap*, pelo qual acorda com uma contraparte **B** pagar-lhe juros a uma taxa fixa sobre um determinado montante (*notional*), recebendo desta, em contrapartida, juros a uma taxa variável (idêntica à do activo subjacente) sobre o mesmo montante.

Por seu lado, a contraparte **B** terá créditos com taxas de juro variáveis e financiamentos do mesmo *notional* com juros a taxa fixa, pelo que gere o risco mediante os fluxos de pagamentos que recebe de **A** com referência a um taxa fixa idêntica à do seu serviço da dívida.

ii) *Swaps* cambiais ou de divisas (*currency swaps*)

Os *swaps* cambiais ou de divisas (*currency swaps*) foram os primeiros a ser criados e consistem num contrato em que as partes se comprometem a trocar, durante um período de tempo, dois fluxos de encargos ou de juros ou em moedas diferentes. No início do contrato, ambas as partes conhecem as suas posições relativas, mas como as cotações cambiais serão diferentes na maturidade, uma parte terá um lucro cambial e a outra parte terá uma perda cambial.

Estes *swaps* designam-se *cross-currency swaps* quando têm por objecto simultaneamente divisas e taxas de juro, sendo *cross-coupon swaps* quando exista uma taxa fixa e outra variável e *cross-currency basis swap* quando as duas taxas são variáveis.

iii) *Swaps* sobre valores mobiliários (*equity swaps*)

Os *swaps* sobre valores mobiliários (*equity swaps*) são contratos a prazo em que as partes trocam fluxos financeiros de instrumentos com rendimento variável (acções, carteira de acções ou índices de acções) por fluxos de outros instrumentos com rendimentos fixos (p. ex. obrigações com taxa fixa) ou instrumentos com uma estrutura diferente. Os fluxos financeiros das acções ou índices são determinados pela variação de cotações bolsistas.

Têm várias utilizações, como seja, a gestão de riscos de instrumentos com rendimentos variáveis, a diversificação de investimentos em carteiras sem venda de posições, investimento indirecto com baixo custo, sem ser necessário a posse das acções e acesso a mercados emergentes ou com restrições regulamentáveis difíceis de ultrapassar.

iv) Credit Default Swaps (CDS)

Os *credit default swaps* são contratos derivados de crédito em que uma das partes (comprador de protecção) transfere o risco de crédito associado a um activo subjacente – de que pode não ser titular – para uma outra parte (vendedor da protecção), mediante o pagamento de uma importância (prémio) – único, à cabeça, ou faseado – a qual assume o risco do incumprimento do crédito do activo subjacente. Por conseguinte, os CDS são geralmente reservados a instituições com elevado grau de *rating*.

c) Natureza jurídica

Os *swaps* podem ser qualificados como contratos a prazo, onerosos, comutativos com risco, sinalagmáticos, *intuitus personae*, pertencendo ao tipo do contrato de escambo ou troca e dos contratos diferenciais.

Os *swaps*, como, aliás, todos os derivados, são instrumentos financeiros complexos, por força do art.º 314.º-D, n.º 2, *a contrario*.

Dada a complexidade destes produtos, a lei estabelece especiais obrigações de informação aos intermediários financeiros, em particular para com os investidores não qualificados ou não profissionais.

4. Deveres do intermediário financeiro

O CVM estabelece um conjunto de deveres pré-contratuais para protecção particularmente dos **investidores não qualificados**, que se podem dividir em três categorias:

- a) Dever de categorização do cliente;
- b) Dever de avaliação de adequação da operação,
- c) Dever de informação.

Por força do art.º 30.º *a contrario*, são considerados investidores não qualificados os que não integrem as seguintes categorias:

- a) *Instituições de crédito;*
- b) *Empresas de investimento;*
- c) *Empresas de seguros;*
- d) *Instituições de investimento colectivo e respectivas sociedades gestoras;*
- e) *Fundos de pensões e respectivas sociedades gestoras;*
- f) *Outras instituições financeiras autorizadas ou reguladas, designadamente fundos de titularização de créditos, respectivas sociedades gestoras e demais sociedades financeiras previstas na lei, sociedades de titularização de créditos, sociedades de capital de risco, fundos de capital de risco e respectivas sociedades gestoras;*
- g) *Instituições financeiras de Estados que não sejam membros da União Europeia que exerçam actividades semelhantes às referidas nas alíneas anteriores;*
- h) *Entidades que negociem em instrumentos financeiros sobre mercadorias;*
- i) *Governos de âmbito nacional e regional, bancos centrais e organismos públicos que administram a dívida pública, instituições supranacionais ou internacionais,*

designadamente o Banco Central Europeu, o Banco Europeu de Investimento, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial;

- j) Pessoas referidas na alínea f) do n.º 3 do artigo 289.º;*
- k) Pessoas coletivas cuja dimensão, de acordo com as suas últimas contas individuais, satisfaça dois dos seguintes critérios:
 - i) Capital próprio de dois milhões de euros;*
 - ii) Ativo total de 20 milhões de euros;*
 - iii) Volume de negócios líquido de 40 milhões de euros.**

Por outro lado, o intermediário financeiro poderá atribuir ao investidor a categoria de investidor qualificado, a requerimento deste, nos termos do art.º 317.º-B.

Para além disso, em particular em sede de *swaps*, a lei procura prevenir os conflitos de interesses.

a) Dever de categorização do cliente

No início da relação, *o intermediário financeiro deve solicitar ao cliente informação relativa aos seus conhecimentos e experiência em matéria de investimento no que respeita ao tipo de instrumento financeiro ou ao serviço considerado, que lhe permita avaliar se o cliente compreende os riscos envolvidos (art.º 314.º, n.ºs 1 e 2).*

Esta informação deve ser suficiente para avaliar se o cliente compreende os riscos envolvidos e deve incluir pelo menos os elementos referido nas alíneas a), b) e c) do nº 1 do art.314º-B:

- “a) Os tipos de serviços, operações e instrumentos financeiros com que o cliente está familiarizado;*
- b) A natureza, o volume e a frequência das operações do cliente em instrumentos financeiros e o período durante o qual foram realizadas*
- c) o nível de habilitações, a profissão ou a anterior profissão relevante do cliente.”*

O intermediário financeiro tem o dever de recolha de informação sobre conhecimentos e experiência do cliente em matéria de investimento no que respeita ao tipo específico de produto ou serviço oferecido ou solicitado e modo a permitir ao intermediário determinar se o produto ou serviço de investimento determinado lhe é adequado (art. 304.º, nº 3).

O intermediário financeiro e seus Administradores devem estabelecer, por escrito, uma política interna que lhe permita, a todo o tempo, conhecer a natureza de cada cliente, como investidor não qualificado, qualificado ou contraparte elegível, e adoptar os procedimentos necessários à concretização da mesma e deve manter um registo do cliente, contendo, designadamente, informação actualizada relativa aos direitos e às obrigações de ambas as partes em contratos de intermediação financeira (art.º 317.º n.º 1 e 307.º-A).

b) Dever de avaliação da adequação da operação

Após avaliar os conhecimentos e experiência do cliente (art.º 304.º, n.º 3) tem o intermediário financeiro o dever de indagar se a operação específica a recomendar ou iniciar, corresponde aos objectivos de investimento do cliente em questão e se o cliente pode suportar financeiramente quaisquer riscos de investimento (art.314.º-A, nº 2, do CVM).

Se a operação não é adequada ao cliente - consequência de uma avaliação negativa - o intermediário financeiro não deve prestar o serviço (art.314.º-A, nº 3).

c) Dever de informação

O intermediário financeiro deve prestar, por escrito, relativamente aos serviços que ofereça, que lhe sejam solicitados ou que efectivamente preste, todas as informações necessárias para uma tomada de decisão esclarecida e fundamentada, incluindo, nomeadamente, as respeitantes aos instrumentos financeiros e às estratégias de investimento propostas, aos riscos especiais envolvidos nas operações a realizar e à origem e natureza de qualquer interesse que possa ter nessa operação (art.º 312.º, n.º 1, als. b), c), d) e e) e n.º 4).

Vigora o princípio da proporcionalidade: quanto menor o conhecimento e experiência do cliente em relação ao objecto do seu investimento, maior será a sua necessidade de protecção.

A extensão e a profundidade da informação devem ser tanto maiores quanto menor for o grau de conhecimentos e de experiência do cliente e ser apresentada de modo a ser compreendida pelo destinatário médio e, designadamente, não dar ênfase a quaisquer benefícios potenciais de uma actividade de intermediação financeira ou de um instrumento financeiro, sem dar igualmente uma indicação correcta e clara de quaisquer riscos relevantes e ser apresentada de modo a não ocultar ou subestimar elementos, declarações ou avisos importantes (art.ºs 312.º, nº 2 e 312.º-A, nº 1 als. b), c) e d)).

O intermediário financeiro deve, portanto, informar os clientes com um grau suficiente de pormenorização, entregando-lhes documento escrito com informação sobre a natureza, os riscos gerais e específicos do tipo de instrumento financeiro em causa, e as implicações subjacentes ao serviço que visa prestar, cujo conhecimento seja necessário para a tomada de decisão do investidor, tendo em conta a natureza do serviço a prestar, o conhecimento e a experiência manifestadas (art.ºs 312.º n.º 4, 312.º-C, n.º 1, al. j) e 312.º-E, n.º 1).

Por outro lado, a intermediação financeira está sujeita ao regime das **Cláusulas Contratuais Gerais** (CCG) constante do Dec-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, que visam precisamente repor, na medida do possível, a igualdade nas relações contratuais, face a uma desigualdade de facto, que pode resultar da assimetria de informação e conhecimentos, da desigualdade material e da maior debilidade negocial do destinatário das cláusulas.

O CVM no art.º 321.º, n.º 3, veio declarar que **“Aos contratos de intermediação financeira é aplicável o regime das cláusulas contratuais gerais, sendo para esse efeito os investidores não qualificados equiparados a consumidores.”**

Por força dos art.ºs 5.º e 6.º da Lei da CCG, incumbe ao intermediário financeiro o dever de comunicação e informação do conteúdo dos contratos ao Cliente, para que *“tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das Cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência”*.

E, conforme prescreve o art.º 5.º, n.º 3/CCG. **“O ónus da prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao contratante que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais”**.

d) Conflitos de interesses

O intermediário financeiro só pode celebrar contratos por conta própria, como contraparte de clientes investidores não qualificados, quando tenha sido por eles autorizado por escrito (art.º 346.º, n.º 1).

E deve prestar informação escrita ao Cliente quanto à origem e natureza de qualquer interesse que possa ter nessa operação, para efeitos de este tomar uma decisão esclarecida e fundamentada (art.º 312.º, n.º 1, als. c) e n.º 2).

Assim como deve divulgar ao Cliente todas as *“circunstâncias susceptíveis de prejudicar a objectividade da recomendação, em especial nos casos em que tenham um interesse no instrumento financeiro, directo ou indirecto, ou estejam numa situação de conflito de interesses relativamente ao emitente dos valores mobiliários a que respeita a recomendação”* (art.º 12º- C, nº 1, do CVM).

O intermediário financeiro deve evitar ou reduzir ao mínimo os conflitos de interesses, dando sempre prevalência aos interesses do cliente em relação aos seus próprios interesses, directos ou indirectos, principalmente quando as operações sejam susceptíveis de obter um ganho financeiro ou evitar uma perda financeira, em detrimento do cliente ou tenha interesse nos resultados decorrentes de um serviço prestado ao cliente ou de uma operação realizada por conta do cliente, que seja conflituante com o interesse deste nesses resultados (art.º 309.º, n.ºs 1 e 3 e 309.º -B, do CVM).

Além disso, os intermediários financeiros e seus Administradores devem tomar todas as medidas organizacionais e administrativas no sentido de evitar que situações de conflito de interesses prejudiquem os interesses dos clientes (artº 309.º-A, nº5 a), 309.º-B e 309.º-C, nº 1, do CVM e art.13.º, da DMIF).

5. Das invalidades

a) Cláusulas contratuais gerais

Por força do art.º 8.º, als. a) e b), do Dec-Lei n.º 446/85 (CCG) consideram-se excluídas dos contratos as cláusulas que tenham violado o dever de comunicação e de informação de molde a permitir o conhecimento efectivo.

E, o art.º 9.º/CCG dispõe que:

- “1. Nos casos previstos no artigo anterior os contratos singulares mantêm-se, vigorando na parte afectada as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos.
2. Os referidos contratos são, todavia, nulos quando, não obstante a utilização dos elementos indicados no número anterior, ocorra uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais ou um desequilíbrio nas prestações”.

b) Violação de disposições imperativas

A densificação legislativa de deveres de intermediação financeira comporta consequências notórias em termos do regime da sua violação, já que os deveres de organização ou referentes ao exercício de actividade são consideradas **normas de protecção** por efeito do art.º 304.º-A.

Tratando-se de disposições imperativas, a sua violação, determina a nulidade dos contratos de *swap* em causa (art.º 294.º do Cód. Civil).

c) Da boa fé

A boa fé, como protecção da confiança, é um dos pilares fundamentais do nosso ordenamento jurídico.

Conforme prescreve o art.º 227.º, n.º 1/CC: *“Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”*

Na mesma linha, o CVM: Nas relações com todos os intervenientes no mercado, os intermediários financeiros devem observar os ditames da boa fé, de acordo com elevados padrões de diligência, lealdade e transparência (art.º 304, nº 2).

A boa fé, numa perspectiva subjectiva, contraria a moral e os bons costume e no plano objectivo, viola a ordem pública, como conjunto de valores que informam a organização da sociedade.

Citando o douto Acórdão do STJ de 10/10/2013 (Granja da Fonseca):

“As aludidas circunstâncias constituem a base do negócio. Mas a base do negócio apresenta-se aqui, quanto à configuração e ao regime, como algo de diverso da base do negócio em matéria de erro. A base do negócio no domínio do erro tem carácter subjectivo, porque se traduz na falsa representação psicológica da realidade. A base do negócio no domínio da alteração das circunstâncias tem carácter objectivo, visto não se reconduzir a uma imaginária falsa representação psicológica da manutenção de tais circunstâncias”.

“O referido contrato sofreu um grande e profundo desequilíbrio, passando a autora a suportar, por via disso, um assinalável encargo e um enorme prejuízo, como o desequilíbrio das prestações comprova, de tal modo que, neste contexto, a manutenção do contrato feriria os princípios da boa – fé que devem nortear a celebração dos contratos e na qual as partes alicerçaram a decisão de contratar.”

“Ora, se não era tolerável para o réu suportar uma taxa de juro que ultrapassasse a barreira dos 5, 15%, também não era tolerável obrigar a autora a suportar uma taxa de juro abaixo dos 3,95%, ultrapassando o limite/barreira contratado, suportando ambas as partes o mesmo risco.”

6. Responsabilidade

a) Pressupostos

Para além da responsabilidade pelo interesse contratual negativo resultante da nulidade dos contratos, existe ainda responsabilidade pelos prejuízos causados com a conduta ilícita, nomeadamente por violação do art.º 485.º, n.º 2/CC, uma vez que existe por parte do intermediário financeiro o dever jurídico de aconselhar recomendar e informar os clientes, no interesse destes e de não agir em conflito de interesses.

Os intermediários financeiros são obrigados a indemnizar os danos causados em consequência da violação dos deveres respeitantes à organização e ao exercício da sua actividade, presumindo-se a culpa quando o dano seja causado no âmbito de relações contratuais ou pré-contratuais e, em qualquer caso, quando seja originado pela violação de deveres de informação, sendo nulas quaisquer cláusulas em sentido contrário (art.º 304.º-A, n.º 1 e 2 e 324.º, n.º 1).

A intensidade da protecção dos investidores é tão forte que o legislador para além de estabelecer expressamente uma prevalência dos seus interesses face aos dos intermediários financeiros (art.304º, nº1), ainda contém um regime garantístico de responsabilidade e **presunção de culpa** do intermediário financeiro, adveniente da violação de deveres de informação e organização da sua actividade (art. 304.º-A).

A indemnização abrange os danos emergentes e os lucros cessantes que a execução dos contratos de *swap* tenha causado (art.º 564.º/CC).

b) A protecção indemnizatória de confiança

A protecção indemnizatória da confiança é um *tertium genus* entre a responsabilidade contratual e delitual e funda-se essencialmente na frustração de expectativas, ou melhor, como refere Carneiro da Frada, “na infracção dos ditames de correcção ou razoabilidade de conduta interpretados à luz dessas expectativas”.²

A actuação dos intermediários financeiros, nomeadamente no aconselhamento de instrumentos financeiros complexos e particularmente em relação a investidores não qualificados, é um campo propício à aplicação da protecção indemnizatória da confiança, para além dos deveres específicos legais e contratuais.

c) A responsabilidade dos Administradores

Os Administradores do intermediário financeiro devem manter a sua organização empresarial equipada com os meios humanos, materiais e técnicos necessários para prestar os seus serviços em condições adequadas de qualidade, profissionalismo e de eficiência e por forma a evitar procedimentos errados (art.º 305.º, n.º 1).

Devem adoptar os procedimentos necessários para conhecer a natureza de cada cliente e manter um registo do cliente, contendo, designadamente, informação actualizada relativa aos direitos e às obrigações de ambas as partes em contratos de intermediação financeira (art.º 317.º n.º 1 e 307.º-A).

Devem tomar todas as medidas organizacionais e administrativas no sentido de evitar que situações de conflito de interesses prejudicassem os interesses dos clientes (art.º 309.º-A, n.º 5 a), 309.º-B e 309.º-C, n.º 1, do CVM e art.13.º, da DMIF).

Devem adoptar políticas e procedimentos adequados a detectar qualquer risco de incumprimento dos deveres a que se encontra sujeito, aplicando medidas para os minimizar ou corrigir, evitando ocorrências futuras, e que permitam às autoridades competentes exercer as suas funções. (art.º 305.º-A, n.º 1).

E, nomeadamente, devem estabelecer e manter um sistema de controlo do cumprimento independente que abranja, pelo menos, o acompanhamento e a avaliação regular da adequação e da eficácia das medidas e procedimentos adoptados para detectar qualquer risco de incumprimento dos deveres a que o intermediário financeiro se encontra sujeito, bem como das medidas tomadas para corrigir eventuais deficiências no cumprimento destes (art.º 305.º-A, n.º 2).

Por outro lado, devem estabelecer um serviço de auditoria interna, que actue com independência, responsável, nomeadamente, por adoptar e manter um plano de auditoria para examinar e avaliar a adequação e a eficácia dos sistemas, procedimentos e normas que

² In Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, pág. 456.

suportam o sistema de controlo interno do intermediário financeiro, bem como emitir recomendações baseadas nos resultados das avaliações realizadas e verificar a sua observância (art.º 305.º-C, n.º 1).

Bibliografia

- António Pereira de Almeida, *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados*, 7ª ed., Vol. 2 (Coimbra Editora, 2013).
- António Pereira de Almeida, *Instrumentos financeiros, os swaps*, in *Estudos em homenagem ao Professor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. II, pág. 37 e seg.s.
- Antoine Gaudemet, *Les Dérivés*, Ed. Economica, 2010.
- Domingos Ferreira: *Futuros e outros Derivados; Swaps e Derivados de Crédito*.
- Helder M. Mourato, *O Contrato de Swap de Taxa de Juro*, 2014, Almedina.
- José Engrácia Antunes, *Os Instrumentos Financeiros*. 2ª ed. (Almedina, 2014).
- Joseph-Benjamin Mojuyé, *Le Droit des Produits Dérivés Financiers (Swaps, Options, Futures...)* en France et Aux États-Unis, LGDJ, 2005.
- Mafalda Oliveira Monteiro, *Os contratos de futuros no direito português*, tese apresentada na Universidade Católica em 1997 (não publicada).
- Maria Clara Calheiros, *O Contrato de swap*, in *Studia Iuridica* nº 51, Coimbra Editora, 2000.
- Miguel Cunha, *Os Futuros de Bolsa: Características Contratuais e de Mercado*, in *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. I, pág. 63.
- Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*.
- Paulo Sena Esteves, *Derivados sobre mercadorias e o mercado ibérico de electricidade*, in *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. VII, pág. 41.
- Thierry Bonneau et France Drummond, *Droit des Marchés Financiers*, Ed. Economica, 2010.

Vídeo da apresentação

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Temas de Direito Civil e Processual Civil **António Pereira de Almeida: Advogado:** O Contrato de Swap como Instrumento Financeiro Auditório do Centro de Estudos Judiciários 15.05.2015 15:15

O CONTRATO DE SWAP COMO INSTRUMENTO FINANCEIRO¹

1) Noção de Instrumentos Financeiros

- a) Valores mobiliários – 1
 - Documentos representativos de situações jurídicas homogêneas, desde que sejam susceptíveis de transmissão em mercado – 1 g).
- b) Derivados – 2, c) a f)

¹ Todos os artigos indicados sem menção de diploma referem-se ao CVM

FCT | FCCN www.fccn.pt

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/20mepqu0t9/flash.html>

Título:

Direito dos Contratos

Ano de Publicação: 2017

ISBN: 978-989-8815-80-4

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt