



Produtos complexos e proteção do consumidor – breve reflexão a propósito do caso Huawei/Google

Mafalda Miranda Barbosa

1. Introdução

A nova «guerra» económica entre a China e os EUA, a propósito do controlo da rede 5G, deixou a nu um problema com contornos jurídicos interessantes. Na verdade, ao romper os seus laços comerciais com a Huawei, por imposição da Presidência dos EUA, a Google passou a impedir que o sistema operativo que desenvolve «*corra*» nos equipamentos telefónicos e nos *tablets* que a primeira comercializa, rompendo, assim, um acordo comercial que unia as duas gigantes das comunicações eletrónicas. Embora aparentemente, na situação concreta, fiquem acautelados os interesses dos consumidores que já tinham adquirido os produtos, a verdade é que passam a sofrer limitações, ficando impedidos de efetuar atualizações de segurança, ao mesmo tempo que veem os seus bens desvalorizar-se muitíssimo e ficam totalmente à mercê da vontade do fornecedor de *software*. Além disso, o caso chama-nos a atenção para outras situações análogas que podem ocorrer no futuro, com repercussões mais gravosas para os clientes, uma vez que tudo depende – numa primeira aparência – do pontual acordo de rescisão do vínculo comercial que une dois fabricantes do mesmo produto (um que disponibiliza o *hardware*, outro que



fornece o *software*).

A complexidade da situação resulta da necessária concorrência de mais do que um *produto* para a criação do produto definitivo, que assim surge como complexo. Por outro lado, *pelo menos na aparência*, parece inexistir um qualquer contrato entre o utilizador do equipamento e o fornecedor do *software* (no caso, a Google), que possa salvaguardar, por via da vinculação negocial, a posição dos consumidores.

A legislação consumerística de que dispomos mostra-se, em geral, sensível à necessidade de proteção do consumidor não só em face do vendedor, como também perante o produtor e oferece-nos um conceito alargado deste. Contudo, não se mostra apta a resolver o problema.

A disciplina da responsabilidade civil do produtor não nos auxilia numa hipótese como esta, porque não só não há defeito, como no momento em que o produto entrou em circulação não existia qualquer problema, bem como não estão em causa danos sofridos num terceiro bem, diferente do produto; o regime das garantias associadas às vendas de bens de consumo pode não assimilar (pelo menos diretamente) o âmbito de relevância do problema, já porque não há, no momento da entrega da coisa, qualquer desconformidade entre o bem e o contrato, já porque, demandado o produtor (do produto final), este pode invocar que, aquando da entrada em circulação do produto, não havia qualquer desconformidade, que se vem a revelar supervenientemente e por força da atuação de um terceiro.

Não obstante, parece claro que a situação tem relevância jurídica e que merece obter da parte do direito uma resposta adequada no



sentido da tutela do consumidor. Vários são os caminhos que podem ser pensados nesse ensejo. Importa, por isso, analisar diversas vias de solução: a consideração do contrato entre o produtor do *hardware* e o produtor do *software* e a sua eventual eficácia em relação aos terceiros que adquiram o produto final; a consideração da eventual existência de um contrato diretamente celebrado entre o consumidor e o fornecedor do *software*; a mobilização da boa-fé e a consideração da natureza continuada da prestação no que respeita à disponibilização do *software*.

A resposta que se possa obter assume importância fundamental, podendo ser extrapolada para uma série de outros casos, todos viáveis, em face da cada vez maior dependência dos consumidores em relação a aplicações de *software*.

Nas páginas que se seguem, procuraremos refletir sobre a questão. Para tanto, tendo como pressuposto a situação concreta de onde se parte, procuraremos tecer algumas considerações acerca dos regimes que – antecipadamente – considerámos não serem aptos a resolvê-la, para, posteriormente, podermos encontrar um caminho de solução. *In fine*, analisaremos as novas Diretivas europeias – Diretiva (UE) 2019/771, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens (que vem revogar a Diretiva 1999/44/CE); e a Diretiva (UE) 2019/770, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais – que nos vêm oferecer importantes pistas de resolução do problema concreto que temos em mãos.



2. A responsabilidade do produtor – âmbito de relevância e a insusceptibilidade de resolver o caso concreto

O artigo 1º DL nº383/89, de 6 de Novembro, alterado pelo DL nº131/2001, de 24 de Abril, estabelece que o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação, entendendo-se por produtor 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 (artigo 2º, nº1). De acordo com o nº2 do artigo 2º, é também considerado produtor aquele que, na Comunidade Económica Europeia e no exercício da sua atividade comercial, importe do exterior produto para venda, aluguer, locação financeira, ou qualquer outra forma de distribuição, bem como qualquer fornecedor do produto cujo produtor comunitário ou importador não esteja identificado, salvo se, uma vez notificado por escrito, comunicar ao lesado no prazo de três meses a identidade de um ou outro ou a de algum fornecedor precedente. Inclui-se, portanto, no âmbito desta responsabilidade quer o produtor real¹,

¹ Sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, cf. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, Coimbra, 1999, 545 s. Sublinha o autor que o produtor real é o “realizador do produto”, ou seja, “toda a pessoa humana ou jurídica que, sob a sua própria responsabilidade, participa na criação do mesmo, seja o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou da matéria-prima”. Esclarece, ainda, Calvão da Silva que “se o produto acabado, a parte componente e a matéria-prima apresentarem qualquer defeito, a responsabilidade recairá sobre todos”. Particularmente interessante, a este propósito, é a problemática da responsabilidade do produtor parcial – sobre o ponto, cf. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 549. Explica o



quer o produtor aparente², quer o produtor presumido e ainda o fornecedor do produto anónimo.

Por produto, por seu turno, entende-se qualquer coisa móvel, ainda que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel, nos termos do artigo 3º/1. Excluem-se, então, os bens imóveis, mas não os materiais neles integrados³. Mas já não se excluem, depois das alterações introduzidas em 2001, os produtos do solo, da pecuária,

autor que, se a parte componente é defeituosa e causadora de danos sofridos pela vítima, a sua incorporação no produto final faz deste um produto defeituoso, sendo o produtor final igualmente responsável, mesmo que tenha cumprido a obrigação de controlo e inspeção da parte componente incorporada. Há, nesta situação, dois responsáveis: o produtor do produto final e o produtor da parte componente. Já não serão responsáveis os produtores das demais partes componentes que se afigurem não defeituosas (perfeitas). Cf., em sentido diverso, M. TRONTI, “Direttiva CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi”, *Giurisprudenza mérito*, 1988, 688 s., também citado por Calvão da Silva.

Veja-se, igualmente, a este propósito, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das obrigações*, tomo II, Almedina, Coimbra, 2010, 690 s. e David G. OWEN, *Product liability law*, Thompson West, 2008, 7 s.

² Cf. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 550 s., integrando no produtor aparente os grandes distribuidores, os grossistas, as cadeias comerciais, as empresas de venda por correspondência. A responsabilidade deste produtor aparente, segundo a explicitação do autor, ocorre mesmo que as circunstâncias permitam presumir que o produtor foi realmente fabricado por outra pessoa, se o produtor real não vier identificado de modo preciso e inequívoco no produto. Pelo contrário, se o comerciante apuser a sua marca ou outro sinal distintivo no produto, sem ocultar a identidade do real produtor, a responsabilidade recai apenas sobre o produtor real.

³ J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 604 e nota 3.



da pesca e da caça, quando não tenham sofrido qualquer transformação. A exclusão suscitava algumas dúvidas na doutrina. Problemas tão simples como saber se a simples embalagem de um destes bens era suscetível de configurar uma transformação para estes efeitos dividia a doutrina⁴. No mais, perante uma agricultura e pecuária cada vez mais industrializadas, os autores mostravam-se céticos em relação à bondade da exclusão⁵. Parece, portanto, de louvar a alteração legislativa em causa. O diploma oferece-nos, assim, uma noção muito abrangente de produto, não distinguindo entre bens de consumo, bens de produção e bens de investimento⁶.

Particularmente interessante, tendo em conta os casos (ou o caso) que orienta(m) estas reflexões é a questão de saber se o *software* pode ser visto como um produto para este efeito. Calvão da Silva não hesita em considera-lo como produto para efeitos de assimilação pelo âmbito de relevância da responsabilidade do produtor⁷. E parece-nos que com razão. Atenta a noção de produto

⁴ J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 626.

⁵ Calvão da Silva propunha mesmo uma redução teleológica da norma do artigo 3º/2, que previa a exclusão – cf. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 626 s.

⁶ Cf. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 606. O autor explica que tem direito ao ressarcimento qualquer pessoa que sofra um dano pessoal, seja um consumidor, um profissional que utilize o produto defeituoso no exercício da sua profissão (exemplo: uma máquina que se incendia numa fábrica e queima o empresário) ou um terceiro não utilizador (exemplo: peão ferido por um automóvel que se despista em virtude de um defeito no sistema de travagem). No tocante aos danos em coisas, explica que ficamos restringidos aos bens de consumo. Mas, estes danos podem ser causados por bens de produção.

⁷ J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 613 s. O autor distingue, contudo, os programas de *software* standardizados, que devem ser vistos como



– qualquer coisa móvel, mesmo que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel – e a noção de coisa que nos é oferecida pela doutrina⁸, dúvidas não restam, por ora, quanto à possível qualificação como produto⁹. Contudo, se vingar a perspetiva – por nós rejeitada¹⁰ – de atribuição de personalidade jurídica aos entes dotados de inteligência artificial, a possibilidade preclude-se.

O produtor é responsável quando coloque o produto em circulação¹¹. Não basta, porém, que o produtor coloque o produto

produtos, dos programas únicos, para o qual se justificaria um tratamento análogo ao das prestações de serviços.

⁸ Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 341 s: “bens (ou entes) de carácter estático, desprovidos de personalidade e não integradores do conceito necessário desta, suscetíveis de constituírem objeto de relações jurídicas”. Para tal, é necessário que os bens apresentem algumas características, a saber: a) existência autónoma ou separada; b) possibilidade de apropriação exclusiva por alguém; c) aptidão para satisfazer interesses ou necessidades humanas. Note-se que, pelo contrário, não é necessário que “se trate de bens efetivamente apropriados”, podendo tratar-se das “*res nullius*, como os animais bravios ou os peixes não apropriados” – cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 343

⁹ Veja-se, ainda, Andrea BERTOLINI, “Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules”, *Law Innovation and Technology*, 5/2, 2013, 214-247, <https://ssrn.com/abstract=2410754>.

¹⁰ Mafalda Miranda BARBOSA, “Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspetivas”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, nº6, 2017, 1475-1503, <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-3-2017-n-6/173>

¹¹ Cf. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 669 s. Segundo explica o autor, trata-se da entrega material do produto a outra pessoa pelo produtor, ou, e dito de outro modo, “o produto é posto em circulação no momento em que o produtor, consciente e voluntariamente, o lança no tráfico para



em circulação. É necessário que o produto seja defeituoso. O defeito de que se cura tem uma abrangência muito mais ampla do que aquela com que nos confrontamos ao nível da linguagem corrente ou no quadro de outros regimes privatísticos. Na verdade, o produto tem-se por defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita¹² e o momento da sua entrada em circulação¹³, nos termos do artigo 4º. A defeituosidade liga-se, assim, a uma ideia de segurança do produto e não à aptidão do

comercialização. O produtor tem de entender que o seu produto está em condições de entrar no circuito de distribuição e essa entrada se verificar com o seu conhecimento e vontade”. Se o cerne é, como explicita Calvão da Silva, a entrega voluntária do produto a terceiro, não se cumpre o requisito quando o produto seja furtado ou quando seja usado pelo produtor, sem que haja aquela entrega.

¹² Sublinha Calvão da Silva que o produtor é responsável pelo uso erróneo ou incorreto, desde que razoavelmente previsível. Como exemplo, refere-se ao lápis que não deve conter substâncias tóxicas, porque pode ser levado à boca – cf. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 644.

¹³ Consoante esclarece Calvão da Silva, a existência de avanços tecnológicos não significa que produtos anteriormente postos em circulação devam ser considerados inseguros. É o que sucede a um automóvel que não tenha sistema de travagem ABS ou *airbags*, tendo sido colocado em circulação quando tal tecnologia era inexistente – cf. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 645, nota 2. Repare-se, contudo, que este aspeto não se confunde com os chamados riscos de desenvolvimento: nestes, o produto era defeituoso no momento da colocação no mercado, embora o estado da ciência e da arte não permitisse detetá-lo.



produto para a realização do fim a que se destina¹⁴, questionando-se qual o grau de segurança a ter em conta, para se responder que não se procura uma segurança absoluta, mas tão-só a segurança com que se possa contar, não de acordo com as expectativas subjetivas do lesado, mas com as expectativas objetivas do homem médio, naquele setor de atividade¹⁵. Nessa medida, podemos ser confrontados com defeitos de conceção, de fabrico, de informação¹⁶ e de desenvolvimento.

Há, no entanto, exceções a esta responsabilidade, que estão consagradas no artigo 5º. O produtor não é responsável se provar que a) não pôs o produto em circulação; b) que, tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação¹⁷; c) que não fabricou o produto para venda ou qualquer outra forma de distribuição com um objetivo económico, nem o produziu ou distribuiu no âmbito da sua atividade profissional; d) que o defeito é devido à conformidade do produto com as normas imperativas

¹⁴ Cf. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 634. Segundo explicita o autor, estamos diante de dois domínios diversos. Pensemos, por exemplo, na máquina que não trabalha, mas que não apresenta qualquer falta de segurança para quem a utiliza. Cf., ainda, no mesmo sentido K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Halbband 1, *Besonderer Teil*, 13. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1986, 81 s.

¹⁵ Cf. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 636.

¹⁶ A falta de informação, a falta de instrução adequada, a falta de menção das contra-indicações pode ser suficiente para se considerar um produto defeituoso.

¹⁷ Segundo esclarece Calvão da Silva, não se exige a prova positiva da inexistência do defeito, mas apenas a prova negativa da probabilidade ou razoabilidade da sua não existência – cf. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 735.



estabelecidas pelas autoridades públicas; e) que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detetar a existência do defeito; f) que, no caso de parte componente, o defeito é imputável à conceção do produto em que foi incorporada ou às instruções dadas pelo fabricante do mesmo.

Conclui-se, portanto, que, *em face do circunstancialismo de que partimos, não existe qualquer defeito* no produto em questão. Do que se trata *não é de uma quebra na segurança* do mesmo, mas da *perda de aptidão para realizar integralmente as funções* a que se destinava. Acresce que, *no momento da entrada em circulação do produto no mercado, não existia qualquer defeito.*

Além disso, o artigo 8º estabelece um limite aos danos ressarcíveis, considerando que só o são os que resultem de morte ou lesão pessoal e os que ocorram em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinado ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente este destino. E o artigo 9º consagra que os danos causados em coisas só são indemnizáveis na medida em que excedam o valor de 500 euros. Significa isto que, se o dano ocorrido passar pela morte ou lesão pessoal (mais ampla que a lesão da integridade física¹⁸), são indemnizados todos os danos patrimoniais e não patrimoniais

¹⁸ Particularmente interessante – em face da maior amplitude da lesão pessoal, quando comparada com a lesão da integridade física – é ponderar se a falha de segurança do *software*, a determinar uma vulnerabilidade e, conseqüentemente, um ataque à privacidade e aos dados do consumidor/utilizador, pode ou não ser assimilada pelo âmbito de relevância da responsabilidade do produtor. É, porém, uma questão que ultrapassa o problema que estamos a tratar.



subsequentes. Estando em causa a danificação de coisas, exige-se que seja afetada uma coisa diversa do produto defeituoso, que se destine ao uso ou consumo privado e que o lesado lhe tenha dado principalmente esse destino. Adverte a doutrina, a este propósito, que, estando em causa danos em coisas, a indemnização não abrange ulteriores danos, como lucros cessantes, danos de privação do uso, danos puramente patrimoniais¹⁹.

3. A venda de bens de consumo e as garantias a ela associadas – a sua inaplicabilidade aos casos em apreço

O regime das vendas de bens de consumo e das garantias a ela associadas coexiste com o tradicional regime das vendas de coisas defeituosas, previsto no Código Civil²⁰. Aí, disciplina-se a venda de coisas defeituosas, nos artigos 913º e seguintes. Considera-se

¹⁹ Cf. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 733. cremos que esta perspetiva deve ser objeto de reflexão. Na verdade, havendo um dano numa coisa, desde que a mesma seja titulada por via de um direito absoluto, deixa de fazer sentido falar de danos puramente patrimoniais. Por outro lado, a referência legal aos danos em coisa diferente do produto não tem de ser necessariamente interpretada no sentido da exclusão de todos os danos para além dos ditos danos emergentes. Na verdade, parece-nos entrar em cena a diferença entre um dano evento – primeiro dano – e os danos consequência, apesar de não se lidar, ao nível da responsabilidade do produtor, com a ilicitude.

²⁰ Cf. António Pinto MONTEIRO/Mafalda Miranda BARBOSA, “A imposição das obrigações decorrentes do DL nº67/2003, de 8 de Abril, ao intermediário na venda”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 147º, nº4011, 2018, 368-386, que aqui ripristinamos na descrição dos regimes em confronto.



defeituosa a coisa que sofra de um vício que a desvalorize ou impeça a realização do fim a que é destinada ou que não apresente as qualidades asseguradas pelo vendedor ou necessárias para a realização daquele fim²¹. Em causa estão os chamados vícios ocultos do objeto negocial, distintos dos vícios da vontade²². Não

²¹ Cf. A. Pinto MONTEIRO/Paulo Mota PINTO, “La protection de l’acheteur de choses défectueuses en droit portuguais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, LXIX, 1993, 259 s.; Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, *Contratos em especial*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, 122 s.

²² Entendeu-se tradicionalmente que a vontade jurídico-negocial não se estendia às qualidades da coisa. Estas, podendo ser o motivo da escolha do sujeito, ficariam fora da vontade. Daí que o erro sobre as qualidades da coisa tenha sido encarado por autores como Zitelmann como um erro-motivo, que seria equiparável por lei ao erro na declaração. Sobre o ponto, cf. João Baptista MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XLVI, 1970, 45. A perspectiva haveria de sofrer, contudo, uma mutação. Conforme esclarece Baptista Machado, depois do trabalho sobre a matéria de Flume, passa a entender-se que a vontade negocial se reporta quer à identificação, quer à entidade (constituição e qualidades) do objeto. Mais adianta o Autor que “a constituição da coisa pressuposta no acordo das partes, a qualidade que a coisa, segundo esse acordo, deve possuir é uma constituição que «deve ser», uma *Sollbeschaffenheit* – por contraposição àquilo que ela na realidade é, a sua *Istbeschaffenheit*” (João Baptista MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, 46). Donde se deve atender, continuando a acompanhar a exposição do jurista, ao erro sobre as qualidades na própria declaração negocial, sempre que o acordo das partes se refira a uma coisa com uma determinada qualidade. E este erro não deve classificar-se nem como um erro na declaração, nem como um erro nos motivos. Simplesmente, na contraposição entre o que a coisa deve ser e o que ela é, estamos no âmbito das consequências jurídico-negociais, afastando-nos do regime do erro. O que está em causa é a impossibilidade de cumprir o que foi acordado, adentrando-se no domínio do incumprimento. Segundo Baptista Machado, estar-se-ia aí diante de



obstante, por remissão do artigo 913º para o artigo 905º CC, determina-se que o contrato possa ser anulado por erro ou dolo, desde que se verifiquem os requisitos de anulabilidade²³. Esta parece ser a solução pensada para os casos em que a coisa já é defeituosa no momento da celebração do contrato, mas já não para as hipóteses de defeituosidade superveniente, isto é, em que o defeito surge depois da celebração do negócio, mas antes da entrega da coisa, nem para as hipóteses de venda de coisa futura ou de coisa indeterminada de certo género, situação em que estaremos diante de um caso de cumprimento defeituoso, se o vício for imputável ao devedor, nos termos do artigo 918º CC²⁴. O

um problema de *divergência entre o acordo e a realidade* e um problema de *impossibilidade qualitativa parcial originária* (João Baptista MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, 47 s.).

²³ Não está, não obstante, em causa um erro em sentido técnico-jurídico. Sobre o ponto, novamente, João Baptista MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, 45 s.; em sentido contrário, Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, 123; Antunes VARELA, “Cumprimento imperfeito do contrato de compra e venda. A exceção do contrato não cumprido”, *Coletânea de Jurisprudência*, 12, 1987, 29 s.

²⁴ Cf. António Pinto MONTEIRO, “Garantias na venda de bens de consumo – a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 5, Coimbra, 2003, 126.

Sobre o ponto, cf. Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, 123, sublinhando que esta dualidade pode conduzir a iniquidades (De acordo com o exemplo oferecido pelo autor, se A escolhe numa ourivesaria um anel de brilhantes e descobre nele um risco, terá de provar o erro e os requisitos de relevância deste para se poder desvincular do negócio; mas, se encomendar um anel de brilhantes e o vendedor entregar um anel riscado, haverá incumprimento e uma possível indemnização, já não pelo interesse contratual negativo, mas pelo interesse contratual positivo), mas entendendo que, no plano do direito



constituído, é esta a solução defensável. Veja-se, igualmente, Antunes VARELA, “Cumprimento imperfeito do contrato de compra e venda. A exceção do contrato não cumprido”, 29 s. Em sentido diverso, cf. Carneiro da FRADA, “Erro e incumprimento na não conformidade da coisa com o interesse do comprador”, *O Direito*, 121, 1989, 463 s.; João Calvão da SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas (Conformidade e segurança)*, Coimbra, Almedina, 2008; Armando BRAGA, *Compra e venda de coisas defeituosas: a venda de coisas defeituosas no código civil – a venda de bens de consumo*, Porto, 2005; MENGONI, “Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita”, *Studi in onore di Alfredo De Gregorio*, II, 1955, 127 s.; e, com amplo desenvolvimento, João Baptista MACHADO, “Acordo negocial e erro na venda de coisas defeituosas”, 35 s. Partindo da análise dos artigos 905º e 913º CC, o autor nega que eles constituam simples especializações do regime geral do erro, considerando, outrossim, que é o vício da coisa (a “falta de qualidades próprias das coisas do mesmo tipo que, de conformidade com um acordo expresso ou tácito, aquela coisa concreta deveria possuir”), ou seja, a não conformidade ao conteúdo do acordo que constitui o fundamento para a aplicação do regime da venda de coisas defeituosas. O Autor opõe-se, assim, à posição de outros civilistas portugueses, entre os quais Manuel de Andrade (*Teoria Geral da Relação Jurídica Civil*, II, Almedina, Coimbra, 2003, 231). Segundo Baptista Machado, “bem pode a relevância do vício da coisa (ou do direito) estar na dependência da verificação de um erro e todavia não ser este, o erro, o verdadeiro fundamento daquela relevância” (cf. p. 36). Acresce que “alguns dos direitos concedidos ao comprador, como o direito à reparação ou substituição da coisa, o direito à redução do preço nos termos do artigo 911º e o direito a indemnização em caso de simples erro, não podem de forma alguma ter o seu fundamento no erro (da verificação de cujos pressupostos de relevância aliás não dependem). Antes, tais direitos do comprador pressupõem uma base negocial – pressupõem, isto é, o seu fundamento no próprio contrato (no conteúdo deste) e, portanto não-de ser concebidos como efeitos jurídico-negociais; e não como puros efeitos legais, do mesmo modo que os efeitos do erro (...). O direito de anulação por erro ou dolo a que se referem os artigos 905º e 913º não representa um simples direito de arrependimento, não representa uma espécie de contradireito dirigido contra a validade de um determinado



comprador terá, ainda, direito à reparação ou à substituição da coisa, nos termos do artigo 914º CC, resultando do preceito a primazia do primeiro remédio em relação ao segundo. De facto, só haverá lugar à substituição se tal for necessário e se a coisa tiver natureza fungível. Estes direitos à reparação ou à substituição da coisa cessam se o vendedor desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade da coisa. A falta de culpa determina, ainda, que, nos casos de simples erro, o comprador perde o direito a uma indemnização. Esta terá lugar quando o vício ou a falta de qualidade eram conhecidos pelo vendedor ou eram desconhecidos, mas com culpa, bem como nas hipóteses de dolo. O comprador poderá ter, ainda, direito a uma redução do preço, nos termos do artigo 911º CC. Se da convenção das partes ou dos usos resultar uma garantia de bom funcionamento, o vendedor terá de reparar a coisa ou substituí-la, quando a substituição seja necessária e a coisa seja fungível, mesmo que não haja culpa sua e mesmo que não haja erro por parte do comprador²⁵. Trata-se, portanto, da previsão de uma garantia convencional, distinta da garantia legal²⁶.

conteúdo negocial objetivamente válido, como acontece no típico direito de anulação fundado em erro; mas representa antes um direito baseado no conteúdo do negócio e, portanto, um efeito negocial". (cf. pp. 38-39). O autor não deixa de vincar, contudo, o carácter híbrido da disciplina contida nos artigos 905º e 913º CC.

²⁵ Sobre a questão de saber se poderá, caso haja uma garantia de bom funcionamento, exigir-se uma indemnização, mesmo nos casos em que não há culpa por parte do vendedor, cf. L. Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, III, 136.

²⁶ Pinto MONTEIRO/Paulo Mota PINTO, "La protection de l'acheteur de choses défectueuses en droit portuguais", 259 s.; António Pinto MONTEIRO, "Garantias na



Posto isto, haverá um vício quando algo desvalorize a coisa ou impeça a realização do fim a que é destinada ou quando aquela não apresente as qualidades asseguradas pelo vendedor ou necessárias para a realização daquele fim. *Nos casos que nos orientam, a impossibilidade de se correr um determinado sistema operativo ou de se impedirem as atualizações de segurança determinariam a existência de um vício.* Simplesmente, por ele *não se verificar no momento da celebração do contrato*, não seria possível anular o negócio, devendo, nos termos do artigo 918º CC, aplicar-se o regime do incumprimento contratual. Aliás, tratando-se de coisas indeterminadas de certo género, parece ser aplicável *a priori* o regime do incumprimento²⁷. Ora, nessa hipótese, o vendedor do *hardware* (a Huawei) poderia invocar a interferência do comportamento de um terceiro (o fornecedor do *software*) para afastar a presunção de culpa do artigo 799º CC e, assim, obstar à sua responsabilidade, exceto se virmos naquele fornecedor de *software* um auxiliar de quem ele lança mão para cumprimento da prestação, hipótese em que o produtor do *hardware* poderia responder por via do artigo 800º CC.

Por outro lado, os direitos à reparação e à substituição cessam se o vendedor desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade

venda de bens de consumo – a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, 125.

²⁷ Na verdade, estamos aqui diante de uma coisa produzida em série que é adquirida tendo em conta as características típicas do género e não pelas qualidades que apresenta *uti singule*, pelo que a ausência do vício entra no conteúdo da prestação. Cf., explicitando o dado, Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 281



da coisa. Ademais, atento o circunstancialismo de base, estamos a falar de remédios irrealizáveis na situação concreta. Do mesmo modo, exclui-se qualquer responsabilidade do vendedor, pela ausência de culpa. Com isto fica demasiado onerado o comprador, que vê recair sobre si o ónus de se certificar das qualidades da coisa e da sua aptidão para cumprir o fim a que se destina²⁸. De facto, o vendedor não responde, nos termos do Código Civil, pela garantia da coisa se desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade de que a coisa padecia. Ora, sabendo que muitos dos defeitos da coisa podem ser ocultos, força-se, de algum modo, o comprador a verificar a qualidade do bem, sob pena de poder perder a garantia a que o vendedor está vinculado. Note-se, ainda, que o *defeito* de que se fala – mesmo que não existente no momento da celebração do contrato – *deveria surgir antes da entrega*. Ou seja, *não nos parece mobilizável o regime se a superveniência do defeito ocorrer depois do cumprimento das obrigações principais, por força de um evento também posterior*²⁹.

Tratando-se se uma venda de consumo, isto é, celebrada entre um profissional e um consumidor, aplicar-se-á o regime contido no Decreto-Lei nº67/2003, de 8 de Abril³⁰. O princípio norteador da

²⁸ Num sentido muito próximo, cf. L. Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, III, 137. Nas palavras do autor, falha aqui a garantia edilícia contra os defeitos da coisa.

²⁹ Situação diversa é aquela em que o defeito se manifesta depois de concluído o contrato, mas cuja causa se reporta a um momento anterior.

³⁰ Com as alterações do DL nº84/2008, de 21 de Maio.

O diploma citado resulta da transposição da Diretiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certos aspetos da compra e venda de bens de consumo e das garantias a ela associadas. Sobre o regime instituído pela diretiva



e a sua transposição, a bibliografia é quase inabarcável, no nosso ordenamento jurídico e além-fronteiras. A título exemplificativo, *vide* António Pinto MONTEIRO, “Garantias na venda de bens de consumo – a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, 123 s.; Sinde MONTEIRO, “Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à venda e às garantias dos bens de consumo”, *Revista Jurídica da Universidade Moderna*, 1, 1998, 461 s.; Dário Moura VICENTE, “Desconformidade e garantias na venda de bens de consumo: a directiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980”, *Themis*, ano II, 4, 2001, 121 s.; Paulo Mota PINTO, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 2, Coimbra, 197 s.; ID., “Anteprojeto de diploma de transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português. Exposição de motivos e articulado”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 3, Coimbra, 2001, 165 s.; Jérôme FRANK, “Directive 1999/44 du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente e des garanties des biens de consommation”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 2, Coimbra, 2000, 159 s.; João Calvão da SILVA, “Venda de bens de consumo: Decreto-lei nº67/2003, de 8 de Abril/Directiva 1999/44/CE – comentário”, Coimbra, 2003; Luís Menezes LEITÃO, “*Caveat venditor?* A directiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a venda de bens de consumo e as garantias associadas e suas implicações no regime jurídico da compra e venda”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I, *Direito Privado e Vária*, Almedina, Coimbra, 2002, 263 s.; ID., *Direito das obrigações*, III, 136 s.; Carlos Ferreira de ALMEIDA, “Orientações de política legislativa adoptadas pela Directiva 1999/44/CE sobre a venda de bens de consumo. Comparação com o direito português vigente”, *Themis*, ano II, 4, 2001, 109 s.; Christian TWIGG-FLESNER/Robert BARDGATE, “The E.C. Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees. All talk and no do?”, *Web Journal of Current Legal Issues*, 2, 2000, www.webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue2/flesner2.html.

Para uma análise da necessidade de transposição da diretiva, em confronto com o direito interno português, cf. António Pinto MONTEIRO, “Garantias na venda de bens de consumo – a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, 130; Paulo Mota PINTO, “Anteprojeto de diploma de transposição da



disciplina passa a ser o da conformidade dos bens com o contrato³¹, presumindo-se a não conformidade, caso se verifique algum dos factos elencados no artigo 2º, nº2: não ser a coisa conforme com a descrição que dela é feita pelo vendedor ou não possuir as qualidades do bem que o vendedor tenha apresentado como amostra ou modelo; não ser adequada ao uso específico para o qual o consumidor a destine e do qual tenha informado o vendedor, quando celebrou o contrato, tendo aquele aceitado; não ser a coisa adequada à utilização habitualmente dada aos bens do mesmo tipo; não apresentar a coisa as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e às declarações públicas sobre as suas características concretas, feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente através de publicidade ou rotulagem. Do mesmo passo, equipara-se à falta de conformidade do bem a falta de conformidade da instalação, quando ela fizer parte do contrato de compra e venda e tiver sido efetuada pelo vendedor ou sob sua responsabilidade, ou quando o produto for instalado pelo consumidor, mas a má instalação resultar de falhas no dever de informação, no tocante às instruções de montagem.

Embora o regime do Código Civil já garantisse em certa medida

Directiva 1999/44/CE para o direito português. Exposição de motivos e articulado”, 165 s.

³¹ Para uma referência à influência da Convenção de Viena, cf. Luís Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, III, 141; Jérôme FRANK, “Directive 1999/44 du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente e des garanties des biens de consommation”, 160.



a posição do comprador, o consumidor passa a estar dotado de uma tutela acrescida. Por um lado, deixa de recair sobre si o ónus, muitas vezes excessivo, de verificar as qualidades da coisa no momento da entrega, passando a impender sobre o vendedor a garantia da inexistência de desconformidades do bem com o contrato. A existência de factos que sustentam a presunção de não conformidade é disso reflexo bastante. Por outro lado, a operacionalidade das referidas presunções de não conformidade, constantes do artigo 2º, nº2 do Decreto-Lei nº67/2003, parece beneficiar a parte mais frágil da relação no contrato de compra e venda.

Nos termos do artigo 2º, nº2, al. a), do Decreto-Lei nº67/2003, presume-se que os bens de consumo não são conformes com o contrato se se verificar que não são conformes com a descrição que deles é feita pelo vendedor ou se não possuírem as qualidades do bem que o vendedor tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo. Se a segunda parte da presunção corresponde ao disposto no artigo 919º CC, de acordo com o qual, sendo a venda feita sobre amostra, se entende que o vendedor assegura a existência de qualidades iguais às da referida amostra, nem por isso se apagam as diferenças. Em geral, é verdade que a descrição que o vendedor faça do bem pode ser interpretada, nos termos do artigo 236º CC, como uma declaração tácita de garantia, integrando o conteúdo do contrato, pelo que a falta de conformidade entre a declaração e a coisa determina uma situação de não cumprimento, mas, não é menos certo que em muitas situações podemos não estar diante de uma verdadeira declaração negocial. Ora, de acordo com o Decreto-Lei nº67/2003, nem sequer necessitamos de indagar se a descrição do bem se integra ou não no conteúdo contratual,



porque a sua integração resulta do direito objetivo, donde a não conformidade com a mencionada descrição desencadeia uma presunção de não conformidade com o contrato³².

Haverá também presunção de não conformidade, como se disse acima, quando o bem não é adequado ao uso específico para o qual o consumidor o destine e do qual tenha informado o vendedor, no momento da celebração do contrato, tendo aquele aceitado, ou quando o bem não é adequado às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo. Se se consagra uma conceção objetiva de defeito que também está prevista no artigo 913º, nº2, CC, há uma diferença de não pequena monta, já que o artigo 2º, nº2, al. c) do Decreto-Lei nº67/2003 lida com os critérios em termos cumulativos³³.

³² Sobre o ponto, cf. Paulo Mota PINTO, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, 236. No mesmo sentido, cf. Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, 147. O último autor citado acrescenta que, como o artigo 2º, nº2, do DL nº67/2003 não ressalva a hipótese de o vendedor ter recorrido a sugestões e artifícios considerados legítimos, segundo as conceções dominantes do comércio jurídico, isto é, não ter recorrido a *dolus bonus*, ou a hipótese de a amostra apenas servir para indicar de modo aproximado as qualidades do objeto, estas situações não excluem a responsabilidade do vendedor.

³³ Paulo Mota PINTO, “Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português”, 239; Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, 149.

A cumulatividade a que nos referimos significa que, se para o artigo 913º, o critério só releva quando o fim a que a coisa se destina não resulta do contrato, em face da disciplina consumerística, é possível que, independentemente do fim específico, haja presunção de não conformidade. Menezes Leitão considera, aliás, que a solução pode ser excessiva em certos casos, “já que se o consumidor



Por último, presume-se a não conformidade com o contrato quando o bem de consumo não apresente as qualidades e o desempenho habituais dos bens do mesmo tipo, que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem, às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou por um seu representante, nomeadamente através da publicidade ou da rotulagem. Numa solução que parece já decorrer do artigo 7º, nº5, LDC (Lei de Defesa do Consumidor: Lei nº24/96, de 31 de Julho), as informações precisas e concretas incluídas em mensagens publicitárias passam a integrar o conteúdo do contrato, eventualmente ao arrepio do que resultaria do funcionamento das regras próprias da formação do negócio jurídico.

Esta garantia de conformidade pode ser excluída se, no momento da celebração do contrato, o consumidor tiver conhecimento da falta de conformidade ou não puder razoavelmente ignorá-la, ou se esta decorrer de materiais fornecidos pelo consumidor, nos termos do artigo 2º, nº3, Decreto-Lei nº67/2003. O conhecimento do vício pelo comprador também é relevante para o Código Civil, já que, se ele existir, não haverá erro, não se podendo lançar mão dos direitos previstos no artigo 913º CC. Mas, de acordo com Menezes Leitão, parece existir aqui um retrocesso na proteção que é dispensada ao consumidor³⁴. Na

declarar ao vendedor que pretende utilizar a coisa para determinado fim, e se verificar que ela é idónea para esse fim, mas não para outros fins para que habitualmente servem coisas do mesmo tipo, poderá mesmo assim reclamar falta de conformidade” – *op. cit., loc. cit.*

³⁴ Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, 153.



verdade, a Lei de Defesa do Consumidor, antes da alteração introduzida pelo diploma que temos vindo a acompanhar, “apenas excluía a garantia do bom estado e do bom funcionamento da coisa (...), quando o consumidor a quem seja fornecida a coisa com defeito dela tenha sido previamente informado e esclarecido antes da celebração do contrato”, pelo que inexistia qualquer ónus de o comprador examinar a coisa comprada, ónus que passou a existir com o Decreto-Lei nº67/2003³⁵. De modo a não agravar a posição do consumidor, Menezes Leitão defende, então, que a exclusão da responsabilidade do vendedor fique limitada aos casos de culpa grave do consumidor³⁶. Mas não cremos que se possa falar de um ónus alargado de examinar a coisa, a recair sobre o consumidor. Apenas naqueles casos em que não era possível ignorar a desconformidade, isto é, naqueles casos em que o homem médio a não a teria ignorado se afasta a garantia que a lei prevê. Ora, em face das circunstâncias concretas, pode não ser exigível ao consumidor médio o exame da coisa comprada, no momento da celebração do negócio, ou sequer aperceber-se da não conformidade, ainda que a atividade inspetiva tenha lugar.

A conformidade é relevante no momento da entrega da coisa, o que implica que os defeitos ocorridos entre a venda e a entrega ao consumidor corram por conta do vendedor, determinando, portanto, um afastamento em relação às soluções dos artigos 796º

³⁵ Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, 153.

³⁶ Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, 153.



CC e 882º, nº1, CC³⁷. Presumem-se existentes no momento da entrega da coisa as faltas de conformidade que se manifestarem num prazo de dois ou cinco anos a contar da data da entrega, consoante a coisa seja um bem móvel ou imóvel. É também este o prazo que é concedido ao consumidor para exercer os seus direitos. O artigo 5º, nº1, dispõe que “o consumidor pode exercer os direitos previstos no artigo anterior quando a falta de conformidade se manifestar dentro de um prazo de dois ou de cinco anos a contar da entrega do bem, consoante se trate, respetivamente, de coisa móvel ou imóvel”, consagrando o artigo 5º-A que os referidos direitos caducam nesse prazo. O consumidor deve, porém, 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. Feita a denúncia, os direitos do consumidor caducam no prazo de dois anos a contar da denúncia, para os bens móveis, ou no prazo de três anos, para os bens imóveis.

Ora, é exatamente este um dos pontos que suscita problemas no tocante aos casos que estamos a considerar. Na verdade, *respondendo o vendedor perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista no momento da entrega da coisa*, devemos considerar não ser aplicável o regime das garantias associadas às vendas de bens de consumo na exata medida em que, *naquele específico momento, não existia qualquer falta de conformidade*. Acresce que, mesmo manifestando-se a falta de

³⁷ António Pinto MONTEIRO, “Garantias na venda de bens de consumo – a transposição da Directiva 1999/44/CE para o direito português”, 135; Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, 155.



conformidade no prazo de dois anos, a presunção de existência da desconformidade falece por as suas características serem incompatíveis com a existência dela.

Por outro lado, se é certo que o produtor pode ser diretamente responsabilizado em face do comprador, procedendo à reparação ou à substituição da coisa, haveremos de considerar que tal se manifesta, em face dos circunstancialismos de base, impossível. Para além disso, porque a desconformidade não existia no momento em que esse mesmo produtor colocou a coisa em circulação, o produtor pode opor-se ao exercício dos direitos pelo consumidor.

Acresce que o “defeito” se verifica num componente não corpóreo, o que pode acarretar problemas de assimilação pelo âmbito de relevância do DL 67/2003, atenta a noção de produto com que somos confrontados³⁸.

³⁸ Tenha-se, porém, em conta a problemática que envolve a qualificação das coisas como corpóreas. Um exemplo paradigmático disso mesmo é a eletricidade entendida pelos autores como uma coisa corpórea, embora imaterial. Cf. Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, ponto 201. Concretamente sobre o *software*, cf. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, III, *Parte Geral. Coisas*, 4.ª edição (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), Coimbra, 2019, 172, considerando que “alguma doutrina, particularmente sugestionada pelas vantagens em aplicar, ao *software*, o regime próprio do vício sobre a coisa vendida, veio defender que a programação seria uma coisa corpórea, no sentido do §90 do BGB. Subsequentemente, porém, quer a doutrina, quer a jurisprudência se distanciaram de tal orientação: os suportes seriam coisas corpóreas; a própria programação em si seria, antes, uma coisa incorpórea. Todavia, seria possível aplicar-lhe, quando a analogia das situações o justificasse e com as adaptações necessárias, o regime das coisas corpóreas”.



Se se percebe que os regimes tradicionalmente pensados para lidar com os defeitos que um produto possa apresentar e, assim, tutelar – com âmbitos de relevância diferenciados – a posição do consumidor não são aptos a solucionar os problemas que nos animam, tal constatação insta-nos a procurar outras vias de solução.

4. As relações contratuais firmadas

A necessidade de perscrutar novos caminhos para a resolução dos problemas que servem de mote à nossa reflexão insta-nos a tentar, num primeiro momento, compreender quais as relações contratuais que se estabelecem no cenário que se considera. O exercício é fundamental para procurar perceber se, fora da aplicação dos regimes especiais, é ou não possível afirmar a responsabilidade do produtor (e de qual produtor). Sublinhe-se, contudo, que, porque o ordenamento jurídico comunga de uma nota de harmonia ou unidade interna, a tentativa de edificação de uma via de responsabilização não pode deixar de se articular com a intencionalidade problemática daqueles regimes, por forma a não nos enredarmos em qualquer contradição normativa.

Sobre o ponto, num sentido problematizador, veja-se, ainda, Henrique Sousa ANTUNES, “Responsabilidade civil do produtor: os danos ressarcíveis na era digital”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, 2019, propondo, a propósito da noção de produto para efeitos de responsabilidade do produtor, uma noção alargada de coisa móvel, nela compreendendo tudo aquilo que divirja de um bem imóvel ou de um serviço, independentemente de o bem ser tangível ou intangível.



4.1. O produtor, o distribuidor e o consumidor final

Quando A adquire um telemóvel da marca x à sociedade comercial B, que se dedica à venda de material informático, é evidente a celebração de um contrato de compra e venda entre os dois sujeitos. Dependendo da posição da sociedade comercial B em relação ao produtor, assim poderemos chegar à consideração da existência de uma relação contratual diretamente entre o produtor e o consumidor.

Haveremos, então, de considerar diferentes hipóteses.

Em primeiro lugar, atentemos na hipótese de aquela sociedade comercial B ser agente do produtor, ao qual o principal atribui poderes de representação. Na verdade, o contrato de agência pode definir-se como aquele “pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes”³⁹. Só poderemos falar de agência se existir o dever de promover a celebração de contratos, não sendo necessário que o agente celebre contratos em nome do principal. Mas há a possibilidade de

³⁹ Sobre o ponto, cf. A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, anotação, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2004, 43 s.; A. Pinto MONTEIRO, “Contrato de agência (Anteprojeto)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 360, 43 s.; Carolina CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, 9 s.; R. BALDI, *Il contratto di agenzia. La concessioni di vendita. Il franchising*, 161 s.; Fernando Batista MELLO, *Notas sobre o contrato de agência*, 12 s.; Fernando Ferreira PINTO, *Contratos de distribuição. Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*, UCP Editora, 2013



ao agente serem atribuídos poderes de representação, nos termos do artigo 2º do DL nº178/86, de 3 de julho. Nesse caso, para além da atuação por conta de outrem, passaremos a ter também uma atuação em nome do principal. Trata-se de uma obrigação acessória, que não torna absolutamente clara a resposta à questão de saber se existe o poder de decidir acerca da celebração do contrato. De acordo com o ensinamento de Pinto Monteiro, a existência ou não de tal poder de decisão fica dependente da amplitude dos poderes que são conferidos ao agente, mas, qualquer que seja a solução, “o que parece de aceitar é que a atribuição de poderes para celebrar contratos, nos termos do artigo 2º, nº1, por si só, não conferirá ao agente, em princípio, esse poder de decisão”, pelo que “ao poder de representação do agente nas relações com terceiros – que a lei limita à celebração de contratos – não corresponde um poder de gestão nas relações internas, uma vez que a decisão continua a pertencer ao principal”⁴⁰.

Significa isto que, sendo o distribuidor um agente do produtor, o contrato de aquisição do equipamento informático ou é celebrado diretamente entre o consumidor final e o produtor; ou é celebrado entre o consumidor final e o agente, em representação daquele produtor que surge, afinal, como o verdadeiro contraente.

Diferente seria a o caso perante um contrato de concessão comercial. Neste, uma das partes (o concedente) obriga-se a vender à outra (o concessionário) e esta a comprar-lhe para revender

⁴⁰ A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, 55. Na mesma página, encontram-se importantes indicações acerca da possibilidade de coligação do contrato de agência com o contrato de mandato.



determinada quota de bens, aceitando certas obrigações e sujeitando-se a uma determinada fiscalização⁴¹. Note-se, porém, que esta obrigação surge no quadro de uma relação estável, considerando a doutrina que estamos diante de um “*contrato-quadro* (...) de conteúdo múltiplo, cuja execução implica, designadamente, a celebração de futuros contratos entre as partes, pelos quais o concedente vende ao concessionário, para revenda, nos termos previamente fixados, os bens que este se obrigou a distribuir”⁴². No seu seio, o concessionário atua em nome próprio e por conta própria.

O mesmo se pode dizer, *mutatis mutandi*, do contrato de franquia⁴³, o “contrato pelo qual o produtor de bens e/ou serviços concede a outrem, mediante contrapartidas, a comercialização dos seus bens, através da utilização da marca e demais sinais distintivos do primeiro e conforme o plano, método e diretrizes prescritas por este, que lhe fornece conhecimentos tecnológicos e regular

⁴¹ Sobre o contrato de concessão comercial, veja-se, *inter alia*, A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, 57 s.; R. BALDI, *Il contratto di agenzia. La concessioni di vendita. Il franchising*, 77 s.; F. Martínez SANZ, “Contratos de distribución comercial: concésion y franchising”, *Scientia Iuridica*, XLIV, 1995, 345 s.; A. Pinto MONTEIRO, “Contratos de agência, de concessão e de franquia (“franchising”)”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. III, Coimbra, 1984, 303 s.

⁴² A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, 57.

⁴³ Cf. A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, pp. 61 e ss.; A. Menezes CORDEIRO, “Do contrato de franquia (“franchising”): autonomia privada versus tipicidade negocial”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1988, 63 s.; L. Pestana de VASCONCELOS, *O contrato de franquia (franchising)*, Coimbra, 2000



assistência”⁴⁴. Numa relação de *franchising*, o franquiado surge, ao distribuir os bens ou ao comercializar os serviços, com a imagem empresarial do franquiador, razão pela qual a ingerência deste último na atuação do primeiro é muito mais intensa. Recorrendo, novamente, ao verbo de Pinto Monteiro, podemos dizer que “o *franchising* não se reduz, todavia, a um contrato de distribuição, podendo defini-lo como o contrato pelo qual alguém autoriza e possibilita que outrem, mediante contrapartidas, atue comercialmente (produzindo e/ou vendendo produtos ou serviços), de modo estável, com a fórmula de sucesso do primeiro (sinais distintivos, conhecimentos, assistência) e surja aos olhos do público com a sua imagem empresarial, obrigando-se o segundo a atuar nestes termos, a respeitar as indicações que lhe forem sendo dadas e aceitar o controlo e fiscalização a que for sujeito”. Também aqui, a atuação do franquiado é feita em nome próprio e por conta própria.

Não obstante as diferenças – que são claras –, a doutrina e jurisprudência vêm entendendo que, na falta de um regime legal próprio, se podem mobilizar, num juízo de pendor analógico, as regras próprias da agência para orientar o decidente na solução de problemas que surjam no seio da concessão comercial ou da franquia. É essa a posição defendida por autores como Menezes

⁴⁴ Oferecendo esta noção, cf. A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, 61.



Cordeiro⁴⁵, Menezes Leitão⁴⁶ e António Pinto Monteiro⁴⁷. Nas palavras do último autor citado, “parece-nos que será pelo regime da agência (...) que muitas lacunas poderão ser integradas (...). É necessário apurar, todavia, relativamente a cada questão e em cada caso concreto, se pode afirmar-se uma analogia de situações que justifique a aplicação a um contrato de normas estabelecidas para outro (...). Pode deparar-se, inclusivamente, com uma união ou coligação de contratos (de agência e de concessão)”. Ou seja, admitindo como possível (e mesmo desejável do ponto de vista da coerência judicativa) a solução da analogia a este nível, Pinto Monteiro mostra-se cuidadoso em ponderar os seus termos em concreto, não aderindo a uma formulação que nos remeta para uma *applicatio* direta e automática das normas. Parece, portanto, afastar-se, de certo modo, de uma posição mais ampla firmada em termos jurisprudenciais – pense-se, por exemplo, no Acórdão da Relação do Porto de 6/10/1992, onde se pode ler que as normas da lei do contrato de agência são “paradigmáticas dos contratos de cooperação, aplicando-se, assim, analogicamente a todos os contratos que revistam tal natureza cooperativa ou colaborante”⁴⁸

⁴⁵ A. Menezes CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, I, Almedina, Coimbra, 2001, 513 s.

⁴⁶ L. Menezes LEITÃO, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, Almedina, Coimbra, 2006, 84 s.

⁴⁷ A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, 59 s. e 138 s.

⁴⁸ Cf., em análise do mesmo aresto, A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, 60 e ss.

A este propósito, veja-se, também, Rui Pinto DUARTE, “A jurisprudência portuguesa sobre a aplicação da indemnização de clientela ao contrato de concessão comercial – algumas observações”, *Themis*, ano II, nº3, 2001, 314 e ss., não apresentando dúvidas quanto à possibilidade de aplicação analógica das



– para exigir que, caso a caso, se ajuíze acerca do fundamento dessa mesma analogia⁴⁹.

Os problemas têm-se colocado, sobretudo, a propósito da possível aplicação de algumas regras, como a relativa à indenização de clientela, ficando, por isso, aquém da intencionalidade que a nossa investigação leva pressuposta. Na verdade, o que questionamos é se, para lá da diferença estrutural de relações negociais que se desenha, a materialidade subjacente à distribuição feita nestes termos pode justificar que se estenda a eficácia contratual para as relações entre o produtor – concedente/franquiador – e o consumidor final.

Ponto assente é que inexistente, *prima facie*, um específico contrato

normas da lei do contrato de agência ao contrato de concessão comercial, mas mostrando-se cético em relação à suficiência da fundamentação aduzida pela jurisprudência pátria para o sustentar. De notar que muitas das dúvidas expostas pelo autor se reconduzem a aspetos metodológicos que podem ser facilmente ultrapassados se devidamente superada uma visão ainda arraigada a pré-conceitos positivistas no tocante à realização judicativo-decisória do direito. Na verdade, quer o conceito de lacuna perde sentido à luz de um sistema que se postula aberto e em constante redensificação, quer o artigo 11º CC, ao proibir a analogia de normas excepcionais, se mostra insuscetível de cumprimento desde que se perceba que toda a realização do direito é, afinal, analógica.

⁴⁹ A este propósito, cf. R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, Jovene, 1979, 12 s., falando de uma distribuição indireta e de uma distribuição direta. Entre nós, aderindo à terminologia, veja-se Fernando Batista MELLO, *Notas sobre o contrato de agência*, 9 s. A diferença passa por nas situações de distribuição direta, esta ficar a cargo do produtor que, não obstante, lança mão de um intermediário para a levar a cabo. Já na distribuição indireta, a distribuição é da responsabilidade de um terceiro, concentrando o produtor os seus esforços na própria produção.



celebrado entre o produtor e o consumidor final. Mas isso não nos pode levar a desconsiderar a realidade económica subjacente aos novos fenómenos de distribuição. Entre ambos existe um nítido contacto social, ainda que mediado pelo distribuidor, que, aliás, se torna patente pelas soluções que o ordenamento jurídico foi forjando quer em matéria de responsabilidade do produtor, quer, e sobretudo⁵⁰, no que respeita às garantias nas vendas de bens de consumo.

Este dado leva a que alguns autores tentem ensaiar a possível cobertura da relação social firmada entre produtor e consumidor final com as notas da contratualidade, viabilizando uma eventual responsabilidade.

O problema colocou-se com maior acuidade antes da consagração de um regime especial de responsabilidade do produtor⁵¹, conduzindo a diversas teorias, algumas das quais

⁵⁰ Diz-se sobretudo por se remeter a responsabilidade do produtor para o domínio extracontratual.

⁵¹ Entre nós, v. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 286 s. e 291 s., mostrando-se, porém, crítico da perspectiva, em nome do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos. Falando de uma relatividade dinâmica, que poderia solucionar a dificuldade, cf. Heinrich DÖRNER, *Dynamische Relativität. Der Übergang vertragliche Rechte und Pflicht*, Beck, Munique, 1985. Sobre o problema, na doutrina estrangeira, cf., *inter alia*, e sem embargo de ulteriores referências, G. HAGER, “Zum Schutzbereich der Produzentenhaftung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 184, 1984, 427 s.; BARCELLONA, “Prospettive del diritto civile nella disciplina dei poteri decisionali del privato”, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, Nápoles, 1970



podem relevar a este nível⁵².

Entre elas, destaca-se a possibilidade de se configurar a existência de um contrato com eficácia de proteção para terceiros⁵³, categoria forjada na Alemanha. No âmbito de proteção do contrato incluir-se-iam alguns terceiros, que não poderiam exigir a prestação do devedor, mas se poderiam tornar credores de uma pretensão indemnizatória contra ele, uma vez violados determinados deveres de proteção⁵⁴. Compreendida a relação obrigacional como uma relação obrigacional complexa, no seio da qual encontramos não só deveres de prestação (deveres principais e deveres acessórios), como também deveres de proteção (decorrentes da boa fé), foi

⁵² Para uma sistematização delas, cf. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 298 s.

⁵³ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2001, 617 s.; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, 518 a 535; e Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, Atlântida Editora, Coimbra, 1970, 419 a 426; Karl LARENZ, "Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik", *Juristenzeitung*, 1962, 105 s.

Cf., igualmente, BANAKAS, *Tortious liability for pure economica loss : a comparative study*, Hellenic Institute of International and Foreign Law, Athens, 1989, 86. Aí o autor relaciona a figura dos contratos com eficácia de proteção para terceiros com a doutrina do *trust of a promise*, originário na *equity*, considerando que são similares, embora o âmbito de aplicação desta última seja mais restrito, exigindo-se uma clara intenção de uma das partes de criar um benefício a favor de terceiro. Mota Pinto oferece como exemplo de um contrato com eficácia de proteção para terceiros o contrato de arrendamento: haveria possibilidade de se ressarcir por via contratual o dano do terceiro que fosse abrangido pelo círculo de proteção do contrato (ex. lesão da pessoa ou dos bens de um familiar que habitasse no locado).

⁵⁴ Cf. Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, 422.



relativamente fácil à jurisprudência e doutrina germânica darem o salto para esta construção dogmática: A, pretendendo vender a sua, pediu a B, especialista na matéria, que fizesse uma avaliação do imóvel. Este, por negligência, não analisou o sótão que estava profundamente degradado, diminuindo com isso o valor da coisa. A vende o imóvel a C, pelo preço indicado por B. C, quando descobre o erro, sente-se lesado e pretende demandar B pelo prejuízo causado. Considerou-se, então, que o contrato celebrado entre A e B era um contrato com eficácia de proteção para terceiros, no âmbito do qual se incluiria aquele terceiro (C), pelo que este poderia demandar B de acordo com as regras da responsabilidade contratual⁵⁵.

Uma questão impõe-se, portanto, de forma incontornável: que terceiros podem ser integrados no âmbito de proteção do contrato? Mais amplamente, que terceiros podem ser integrados no âmbito de proteção de um contrato? Segundo Mota Pinto, “este círculo de terceiros não deverá ser imprevisível e abrange aquelas pessoas que, segundo a natureza da prestação, estão, numa forma em maior ou menor grau inevitável em contacto com ela, e que (...) estão de tal modo próximos do credor que este, em termos cognoscíveis pelo devedor, confia na segurança dessas pessoas tanto como na sua”⁵⁶. cremos, uma vez mais, que o problema passa por determinar qual

⁵⁵ Dando o exemplo dos auditores, cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 518.

Cf., porém, Acórdão do STJ de 14 de Outubro de 2004, onde se considera que se estaria diante de uma responsabilidade intermédia entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual.

⁵⁶ MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, 423.



o âmbito do dever. Para tanto, haveremos de ter em conta o tipo de contrato, o fim deste, a proximidade de terceiros relativamente ao núcleo de execução dele (designadamente, ter em atenção se a prestação se dirige ou não a ser utilizada por terceiros), a cognoscibilidade que o devedor tem da presença desses terceiros e, finalmente, uma ideia de confiança. Com base nestes critérios – em si não muito distintos daqueles que foram oferecidos por Mota Pinto – estamos em condições de determinar o exato alcance protetivo de um contrato.

A necessária restrição do círculo de terceiros incluído no âmbito de proteção do contrato faz emergir dificuldades quando nos confrontamos com o fenómeno da distribuição comercial. A este propósito, Calvão da Silva refere que a existência de uma cadeia distributiva constituída por dois ou mais contratos intermédios que distanciam consumidor e adquirente final tornam inviável sustentar a solução contratual com base na ideia de contrato com eficácia de proteção para terceiros. Para o autor, não se pode afirmar a existência de uma especial relação de assistência entre o distribuidor grossista contratante do produto e o consumidor final⁵⁷.

A preocupação denotada pelo autor parece fazer sentido se pensarmos no esquema tradicional de comercialização de bens, assente na relação entre produtor-grossista-distribuidor-consumidor. Mas perde a sua força argumentativa se pensarmos

⁵⁷ Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 309 s. Veja-se, ainda, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Halbband 1, *Besonderer Teil*, 13. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1986, 84



nos modernos contratos de concessão comercial e de *franchising*. De facto, parece razoável configurar cada um destes contratos como um contrato com eficácia de proteção para terceiros.

O que continua duvidoso, porém, é a questão de saber se a eficácia protetora se pode considerar por respeito ao correto cumprimento da prestação principal. Dito de outro modo, em muitas situações parece estar-se a forçar a noção de contrato com eficácia de proteção para terceiros para a fazer coincidir com a ideia de contrato com eficácia prestativa para terceiros. Repare-se: é relativamente diferente pensar na lesão de interesses patrimoniais de um terceiro como decorrência de uma prestação efetuada ao credor e pensar na lesão de interesses de um terceiro em relação ao qual se interpõe um intermediário. Se na hipótese do perito/auditor, a prestação é efetuada no interesse do credor, beneficiando ou sendo por ela influenciado um terceiro, nas hipóteses de distribuição comercial, não se consegue distinguir verdadeiramente o efetivo destinatário do bem transacionado, naturalmente dirigido ao consumidor final, daquele que serve de intermediário no que respeita ao interesse na própria prestação. O consumidor final não entra apenas na esfera de eficácia do contrato, mas é aquele a quem, em última instância, a prestação que emerge do contrato se dirige.

Inequivoco parece ser que os atuais esquemas de distribuição determinam um intenso contacto social, gerando-se a percepção de uma relação entre o produtor e o consumidor⁵⁸.

⁵⁸ Já anteriormente os autores sublinhavam que o produtor usa, habitualmente, uma “requintada arte de criar, orientar e condicionar a procura dos seus



Tal ideia levou autores como Müller a sustentar que era possível descortinar a este nível um contrato, formado a partir de uma proposta de garantia das qualidades da coisa, revelada pela aposição da marca no produto⁵⁹. O entendimento é – fora das hipóteses em que existe uma declaração expressa do produtor – criticado por muitos, pelo caráter ficcional que comporta⁶⁰. Ademais, ele parecia ser contrariado pela natureza da publicidade como convite a contratar⁶¹.

Parece-nos, contudo, que, em face dos atuais dados normativos, os argumentos não têm de proceder necessariamente. Duas são as normas que o parecem sustentar. Em primeiro lugar, nos termos do artigo 2º/2, d) DL nº67/2003, presume-se a falta de conformidade do bem com o contrato quando ele não apresente as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tempo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo, entre outras razões, às declarações públicas sobre as características concretas

produtos, distribuídos por comerciantes, persuadindo e induzindo o consumidor a comprá-los, através da marca, publicidade, catálogos, campanhas” – cf. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 329

⁵⁹ Klaus MÜLLER, “Zur Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Endverbraucher”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 165, 1965, 293 s. Em análise do pensamento de Müller, v. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 331. O contrato formar-se-ia no momento da celebração do contrato de compra e venda, cuja aceitação pelo consumidor corresponderia também à aceitação do contrato de garantia.

⁶⁰ Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 333; Claus W. CANARIS, “Die Produzentenhaftpflicht in dogmatischer und rechtspolitischer”, *Juristenzeitung*, 1968, 499

⁶¹ Calvão da SILVA, “La publicité et le consommateur”, *Travaux de L’Association Henri Capitant*, 32, Paris, 1983, 203



feitas pelo vendedor, pelo produtor ou seu representante, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem. Quer isto dizer que a mensagem publicitária, desde que revista determinadas características – designadamente de objetividade e de concretude, pese embora o intuito promocional com que surge revestida – passa a fazer parte do conteúdo do contrato, podendo-se questionar se não poderá ser vista como uma verdadeira proposta negocial. Em segundo lugar, nos termos do nº1 do artigo 6º do mesmo diploma, o produtor é diretamente responsável perante o consumidor, o que significa que poderemos indagar se, de algum modo, se terá em relação àquele vinculado negocialmente. Ainda que não se desconheça a intencionalidade protetora do regime em questão, que pode conduzir a formas de responsabilização que ultrapassem o sentido e intencionalidade da responsabilidade civil (pense-se, designadamente, na forma de concretização da responsabilidade a que alude o artigo 6º citado), sempre se haverá de reconhecer que ela aponta para um mínimo de sentido de contratualidade que é o que nos importa reter⁶².

Outros autores falam, a propósito das relações entre os produtores e os consumidores, de uma relação de confiança, a sustentar uma eventual responsabilidade pela confiança. Ora, ainda que o fundamento último da mesma possa – consoante as posições adotadas – ser diferente, assentando na lei, na boa fé ou no

⁶² Henrique Sousa Antunes, ao invés, compreende o artigo 6º do regime atual das vendas de bens de consumo como uma exceção ou derrogação ao princípio da relatividade dos contratos. Cf. Henrique Sousa ANTUNES, “Responsabilidade civil do produtor: os danos ressarcíveis na era digital”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, 2019



contacto social, o certo é que aponta, no mínimo, para uma ideia de paracontratualidade que, atenta a intencionalidade analógica da concreta realização do direito, não pode deixar de nos encaminhar para uma solução responsabilizatória do produtor a este nível.

Maiores dificuldades haverá na conformação desta solução quando em causa esteja um pequeno produtor que vende os seus produtos a um grossista, que, por seu turno, os vende a um distribuidor que os faculta ao consumidor final. O caráter anónimo da oferta primária obsta a que se possa, a este nível, falar de um qualquer domínio de confiança que se gera, o que, aliás, se pode vir a traduzir, em termos normativos, numa exclusão da responsabilidade do produtor, nos termos do nº2, al. a) do artigo 6º DL nº67/2003. Sem que ela, contudo, seja automática. Simplesmente, a responsabilidade de que se cura, a este nível, é sempre a responsabilidade pela reparação ou substituição da coisa que não se confunde com a responsabilidade civil, porquanto – na impossibilidade de aqueles remédios terem lugar – os mesmos não serão substituídos pelo sucedâneo que é a indemnização em dinheiro.

Do mesmo modo, o produtor real pode não ser conhecido. Pense-se, v.g., nas hipóteses de comercialização de produtos de *marca branca*, hipótese em que dificilmente se poderá falar de uma relação de confiança ou de uma relação negocial com o consumidor final⁶³.

Tudo visto, podemos concluir que, consoante o esquema de

⁶³ Repare-se, que, numa hipótese como esta, seria considerado produtor aquele que apusesse a sua marca no produto. Sobre o ponto, cf. o que se dirá *infra*.



distribuição com que nos confrontemos, assim será ou não possível pensar na existência de uma relação contratual ou paracontratual entre o produtor e o consumidor, apta a alicerçar uma eventual responsabilidade contratual, para além da intencionalidade específica do regime das vendas de bens de consumo.

4.2. O produtor de parte componente

A questão que resta, porém, é a de saber se o produtor de uma parte componente pode vir a ser considerado produtor e se o seu comportamento pode ser, igualmente, assimilado pela nota de contratualidade ou paracontratualidade a que nos referimos. Ora, embora estejamos fora do âmbito de aplicação do DL nº67/2003, importa, para alicerçarmos o nosso percurso expositivo, saber quem é o produtor para esse efeito.

De acordo com o artigo 1º-B, d) do citado diploma, deve entender-se por produtor o fabricante de um bem de consumo, o importador do bem de consumo no território da Comunidade Europeia ou qualquer outra pessoa que se apresente como produtor através da indicação do seu nome, marca ou outro sinal identificador no produto. Por seu turno, o representante do produtor é qualquer pessoa singular ou coletiva que atue na qualidade de distribuidor comercial do produtor ou centro autorizado de serviço pós-venda, à exceção dos vendedores independentes que atuem apenas na qualidade de retalhistas.

As duas noções têm a vantagem de sustentar normativamente algumas das considerações expendidas até ao momento. Designadamente, se a mera indicação do nome, marca ou outro



sinal identificador no produto permite qualificar um determinado sujeito como produtor, é inequívoco estar presente uma ideia de confiança; por outro lado, se o representante do produtor é qualquer pessoa que atue na qualidade de distribuidor do produtor e pode vir a ser responsabilizado, parece reforçar-se o entendimento acerca da ligação entre o produtor e o seu distribuidor, a determinar consequências importantes em sede de ligação entre produtor e o próprio consumidor final.

Mas, simultaneamente, geram-se dificuldades, quando temos de lidar com o eventual defeito do produto que resulta de uma parte componente.

Vejamos.

O âmbito da noção mostra-se, pelo menos aparentemente, mais restritivo do que aquele com que somos confrontados ao nível da responsabilidade do produtor.

O artigo 1º DL nº383/89, de 6 de Novembro, alterado pelo DL nº131/2001, de 24 de Abril, estabelece que o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação, entendendo-se por produtor 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 (artigo 2º, nº1). De acordo com o nº2 do artigo 2º, é também considerado produtor aquele que, na Comunidade Económica Europeia e no exercício da sua atividade comercial, importe do exterior produto para venda, aluguer, locação financeira, ou qualquer outra forma de distribuição, bem como qualquer fornecedor do produto cujo produtor comunitário ou



importador não esteja identificado, salvo se, uma vez notificado por escrito, comunicar ao lesado no prazo de três meses a identidade de um ou outro ou a de algum fornecedor precedente. Inclui-se, portanto, no âmbito desta responsabilidade quer o produtor real⁶⁴, quer o produtor aparente⁶⁵, quer o produtor presumido e ainda o

⁶⁴ Sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, cf. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 545 s. Sublinha o autor que o produtor real é o “realizador do produto”, ou seja, “toda a pessoa humana ou jurídica que, sob a sua própria responsabilidade, participa na criação do mesmo, seja o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou da matéria-prima”. Esclarece, ainda, Calvão da Silva que “se o produto acabado, a parte componente e a matéria-prima apresentarem qualquer defeito, a responsabilidade recairá sobre todos”. Particularmente interessante, a este propósito, é a problemática da responsabilidade do produtor parcial – sobre o ponto, cf. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 549. Explica o autor que, se a parte componente é defeituosa e causadora de danos sofridos pela vítima, a sua incorporação no produto final faz deste um produto defeituoso, sendo o produtor final igualmente responsável, mesmo que tenha cumprido a obrigação de controlo e inspeção da parte componente incorporada. Há, nesta situação, dois responsáveis: o produtor do produto final e o produtor da parte componente. Já não serão responsáveis os produtores das demais partes componentes que se afigurem não defeituosas (perfeitas). Cf., em sentido diverso, M. TRONTI, “Direttiva CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi”, *Giurisprudenza mérito*, 1988, 688 s., também citado por Calvão da Silva.

Veja-se, igualmente, a este propósito, A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das obrigações*, tomo II, Almedina, Coimbra, 2010, 690 s. e David G. OWEN, *Product liability law*, Thompson West, 2008, 7 s.

⁶⁵ Cf. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 550 s., integrando no produtor aparente os grandes distribuidores, os grossistas, as cadeias comerciais, as empresas de venda por correspondência. A responsabilidade deste produtor



fornecedor do produto anónimo.

As diferenças são evidentes. A questão que se tem de enfrentar é a de saber se o produtor de parte componente deve ou não ser considerado, para estes efeitos, produtor. Ora, parece que a intencionalidade do regime da venda de bens de consumo e das garantias a ela associadas afasta do núcleo de relevância do mesmo o produtor de partes integrantes do produto final. E entende-se. O produtor do bem consumido não se desonera pelo facto de a falta de conformidade do bem com o contrato resultar de uma parte componente, desde que ela existisse no momento da entrada do produto em circulação. Se é certo que a responsabilidade do produtor do produto final, no âmbito da responsabilidade do produtor, também não desaparece pelo facto de o defeito se verificar numa parte componente ou na matéria-prima, a verdade é que, afastando-nos do plano dos interesses em conflito, para mergulharmos no plano da fundamentação, percebemos que a transposição da solução de chamar para o núcleo de relevância do regime o produtor de partes componentes deste domínio para o da garantia das vendas de bens de consumo é inviável. Na verdade, o produtor da parte componente, do ponto de vista extracontratual, assume uma esfera de risco ao colocar o bem em circulação, ainda que para o integrar noutra produto, em nome de uma ideia de

aparente, segundo a explicitação do autor, ocorre mesmo que as circunstâncias permitam presumir que o produtor foi realmente fabricado por outra pessoa, se o produtor real não vier identificado de modo preciso e inequívoco no produto. Pelo contrário, se o comerciante apuser a sua marca ou outro sinal distintivo no produto, sem ocultar a identidade do real produtor, a responsabilidade recai apenas sobre o produtor real.



responsabilidade pelo outro; do ponto de vista contratual, apenas poderá vir a ser assacada a responsabilidade àquele que se vinculou ou, em última instância, àquele que viola deveres decorrentes da boa-fé, no quadro de uma relação de confiança que se gera. Ora, parece que é este dado fundacional que está ausente. A relação de confiança que se pode denotar entre o produtor final e o consumidor final – em nome das declarações por aquele prestadas, pela rotulagem ou pela publicidade, v.g. – desaparece quando pensamos em partes componentes. Por outro lado, podendo o produtor da parte componente ser visto como um auxiliar do produtor final, este seria sempre contratualmente responsável pela defeituosidade que aquele protagonizasse, nos termos do artigo 800º CC (ultrapassando-se, até, a mera responsabilidade pela reparação ou substituição da coisa).

O percurso expositivo-argumentativo que traçámos até ao momento permite-nos concluir que o regime das vendas de bens de consumo e das garantias a elas associadas não é aplicável aos casos que nos orientam: a falta de conformidade não existe no momento da entrega; não é viável a reparação ou a substituição que determinaria a responsabilidade do produtor; não existia a falta de conformidade no momento em que o produtor colocou a coisa em circulação.

Por outro lado, as modernas relações de distribuição e consumo permitem-nos antever a existência de uma relação contratual ou quase contratual entre o produtor e o consumidor final, que absorve as falhas de conformidade que resultem de uma parte integrante ou componente do produto final, mas não entre o produtor de uma parte componente e este consumidor.



Por fim, a garantia a que nos referimos só é extensível a bens imóveis e a bens móveis corpóreos. Colocam-se, portanto, dificuldades quanto à possibilidade de aplicação da solução contida no DL nº67/2003 ao *software disponibilizado por um profissional*.

Mas isto não obsta a que, em concreto, se possa denotar uma concreta relação contratual ou quase contratual entre o produtor da parte integrante (que deixaria assim de ser um mero auxiliar do produtor do bem final) e o consumidor, que sustente uma concreta responsabilidade contratual pela defeituosidade daquela parte. No mais, se a ausência de relevância jurídica da posição desse produtor de parte componente para efeitos do DL nº67/2003 se fica a dever à inexistência de um qualquer vínculo entre este e o consumidor final, então, podemos defender uma forma de assimilação por adaptação extensiva da disciplina sempre que aquele vínculo seja discernível.

Simplesmente, este posicionamento genérico não nos auxilia no caso concreto que estamos a considerar – é que, para lá da dimensão subjetiva, há, como vimos, outros argumentos para afastar a aplicação da disciplina.

5. A posição do fornecedor do *software*

Não obstante as nossas conclusões preliminares, as especificidades que nos são comunicadas pelos novos produtos digitais convidam-nos a uma reflexão adicional. Na verdade, o produto complexo – *smartphone* ou *tablet* – a que nos referimos pode ser encarado sob múltiplos vieses.



Numa dada perspetiva, podemos olhar para o dispositivo eletrónico como um todo, que, viabilizando diversas aplicações e serviços, apenas pode funcionar com um determinado sistema operativo, que o integra de forma incindível. Nesse caso, a centralidade reside no aparelho em si mesmo, sendo a escolha do consumidor motivada pelas características específicas que possa apresentar. Num outro cenário, o elemento determinante da vontade de adquirir o bem pode ser encontrado no sistema operativo que é disponibilizado por meio do telefone ou do *tablet*. *In fine*, podemos confrontar-nos com uma posição intermédia – talvez a que corresponda melhor aos dados da realidade – que concilie as duas perspetivas referidas.

Em qualquer dos casos, o dispositivo eletrónico é visto como um produto que necessita de um sistema operativo para funcionar. Naquelas hipóteses em que se gerou uma relação de confiança especial entre o produtor do *software* e o consumidor, podemos ousar equacionar a solução responsabilizatória, entendida em termos amplos. Porém, com evidentes dificuldades: é que para que ela possa proceder, para além de termos de afastar a relação de mero auxiliar entre produtor final e produtor do *software*, será necessário que a prestação não se cumpra com a simples entrega do bem (ou com a simples incorporação do *software* no bem), pois, nesse momento, o bem estava perfeito.

Simplesmente, é possível que a disponibilização do mencionado *software* possa ser vista como a prestação de um serviço que é fornecido como execução de um contrato previamente estabelecido entre a entidade que desenvolve o *software* e o produtor do telemóvel.



Ora, a partir dessa ideia, são em teoria cogitáveis vias alternativas de enquadramento dogmático da situação. Entre o produtor do *hardware* e o produtor do *software* é celebrado um contrato de utilização de tecnologia e esse contrato tem eficácia em relação aos terceiros que adquiram o produto final. Mais do que uma mera eficácia protetiva que poderia ser descoberta à semelhança do que ocorre noutros âmbitos negociais, atenta a complexidade da relação obrigacional que fazem surgir, podemos aventar a hipótese de uma eficácia que se estende aos deveres de prestação principal. Estaríamos, nesse caso, diante de um contrato a favor de terceiro, por meio do qual a entidade que desenvolve o *software* se obriga perante o produtor do telemóvel a disponibilizar o sistema operativo aos terceiros que adquiram os produtos daquele. A hipótese faz sentido em termos dogmáticos, tanto quanto se compreenda que o adquirente do dispositivo eletrónico não passa a ter um poder direto e imediato sobre o sistema operativo, ficando sempre dependente – para a utilização do mesmo – da prestação de quem o criou.

Mas mesmo que assim não seja, se, por exemplo, estiver em causa uma licença de utilização para o produtor do dispositivo móvel, com vista a que a mesma seja posteriormente usada por terceiros (consumidores finais), sempre se haveria de considerar que o contrato de licenciamento envolveria uma eficácia protetiva para terceiros. Em termos fácticos, tal implica que a partir da disponibilização do código do *software*, que viabiliza a configuração e funcionamento do dispositivo móvel, a entidade que o desenvolve tenha de garantir todas as atualizações de segurança aos terceiros – traduzir-se-ia nisto a prestação do fornecedor do *software*, durante a vida do dispositivo móvel, já que a prestação principal se



traduziria na disponibilização do código do *software* para ser utilizado pelo produtor do telefone ou *tablet*. Simplesmente, pergunta-se: a integração do consumidor no âmbito de proteção do contrato deixaria de existir a partir do momento em que se verificasse a rescisão daquele contrato de licenciamento? Ora, se é verdade que, no quadro de um contrato com eficácia de proteção para terceiros, o terceiro não pode exigir o cumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé, dado que os distancia dos contratos a favor de terceiro, não é menos certo que muitos autores advertem para o facto de os deveres de proteção (os que estão em causa a este propósito) podem perdurar depois da extinção da obrigação e mesmo quando o contrato não seja válido⁶⁶.

⁶⁶ Muitos autores encontram aqui um argumento importante para afastar os deveres de proteção do núcleo do contrato. Nesse sentido, cf. Carneiro da FRADA, “Os deveres ditos acessórios e o arrendamento”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, 2013, 273; Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VI, *Direito das Obrigações (Introdução, sistemas e direito europeu, dogmática geral)*, 2ª edição, Coimbra, 2012, 511 s. Veja-se, ainda, LARENZ, *Lebruch des Schuldrecht*, Band I, Allgemeiner Teil, 14ª edição, München, 1987, 365-366. Entende o autor que o conteúdo da relação negocial só em parte se determina pela vontade das partes, sendo, no restante, completada pela ordem jurídica, pelo que abrange também os efeitos não negociais. Acaba, porém, por, aderindo a uma teoria da transformação, admitir que no caso de contratos inválidos, os deveres de proteção passariam a ter uma fundamentação legal, constituindo-se uma relação legal de proteção.

A nossa posição vai no sentido da integração dos deveres de proteção no núcleo de relevância da contratualidade. Cf., *inter alia*, Mafalda Miranda BARBOSA, “O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico – algumas reflexões”, *Comemorações dos 35 anos do*



Questiona-se, ainda, em que medida é possível configurar a existência de um contrato diretamente celebrado entre o consumidor e o fornecedor do *software*. Na verdade, não raras vezes, a utilização do sistema operativo e das funcionalidades que lhe andam associadas implica a adesão a um clausulado geral do fornecedor daquele que disciplina os termos e condições de uso. Sempre que tal aconteça, não será difícil divisar a dimensão negocial da relação que se estabelece entre ambos.

Além disso, mesmo quando não fosse celebrado o contrato de utilização do *software* e suas aplicações, a relação de proximidade entre os dois sujeitos, mediado pela aquisição do dispositivo móvel – que permite o acesso àquele –, determinaria que a boa-fé derramasse sobre a situação determinadas imposições de atuação leal, correta e honesta.

6. As diretivas (UE) 2019/770 e 2019/771, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019

6.1. O âmbito de relevância e a disciplina consagrada nos diplomas comunitários

As tentativas de encontrar uma solução para o problema que temos em mão, não obstante o caráter laborioso que possam apresentar, não deixam de ser problemáticas. Do exposto resultam

Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, volume II, A parte geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 367.



as claras dificuldades com que o jurista se vê confrontado. Talvez por isso e pela consciência da importância crescente dos bens integrados por elementos digitais e por serviços digitais, o legislador europeu interveio, através das Diretivas (UE) 2019/770 e 2019/771, de 20 de maio de 2019. Assumindo-se ambas como diretivas de harmonização máxima, apresentam âmbitos de relevância diversos, embora próximos e, de certo modo, conexos.

A primeira estabelece os requisitos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais ou à prestação de serviços digitais; a segunda regula certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens, revogando a Diretiva 1999/44/CE, da qual resultou, por transposição, o regime das vendas de bens de consumo e das garantias a elas associadas que analisámos até aqui.

A Diretiva Diretivas (UE) 2019/770 aplica-se a qualquer contrato em que o profissional forneça ou se comprometa a fornecer conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e o consumidor pague ou se comprometa a pagar o respetivo preço. Aplica-se, igualmente, sempre que o profissional forneça ou se comprometa a fornecer conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e o consumidor faculte ou se comprometa a facultar dados pessoais ao profissional, exceto se os dados pessoais facultados pelo consumidor forem exclusivamente tratados pelo profissional para fornecer os conteúdos ou serviços digitais em conformidade com a presente diretiva, ou para o profissional cumprir os requisitos legais a que está sujeito, não procedendo ao tratamento desses dados para quaisquer outros fins, bem como quando os conteúdos digitais são fornecidos em suporte material, como DVD, CD, chaves USB, cartões de memória. E, ainda, ao suporte material desde que funcione exclusivamente como meio de disponibilização de conteúdos



digitais. Mas não se aplica aos conteúdos ou serviços digitais que estejam incorporados em bens ou com eles estejam interligados e sejam fornecidos com os bens nos termos de um contrato de compra e venda dos mesmos, independentemente de os conteúdos ou serviços digitais serem fornecidos pelo profissional ou por um terceiro.

Quanto a estes releva a Diretiva (UE) 2019/771, que vem regular certos aspetos do contrato de compra e venda entre um consumidor e um vendedor. Dispõe o artigo 3º que a presente diretiva é aplicável aos contratos de compra e venda entre um consumidor e um vendedor; e aos contratos celebrados entre um consumidor e um vendedor para o fornecimento de mercadorias a fabricar ou a produzir, que são considerados, para estes efeitos, contratos de compra e venda. O bem objeto do contrato é considerado qualquer bem móvel tangível e qualquer bem com elementos digitais, isto é, qualquer bem móvel tangível que incorpore ou esteja interligado com um conteúdo ou serviço digital, ou que com este esteja interligado, de tal modo que a falta desse conteúdo ou serviço digital impeça os bens de desempenharem as suas funções. Significa isto que, apesar de a diretiva não se aplicar aos contratos para o fornecimento de conteúdo ou serviços digitais, é aplicável a conteúdos ou serviços digitais que estejam incorporados em bens, ou com eles estejam interligados com esses bens, e sejam fornecidos com os bens nos termos de um contrato de compra e venda, independentemente de os conteúdos ou serviços digitais serem fornecidos pelo vendedor ou por um terceiro. Nos termos do artigo 3º/3, “em caso de dúvida sobre se o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados fazem parte do contrato de compra e venda, presume-



se que os conteúdos ou serviços digitais estão abrangidos pelo contrato de compra e venda”. Estes conteúdos digitais traduzem-se nos dados produzidos e fornecidos em formato digital, entre os quais se integram os sistemas operativos, aplicações e outro *software*.

De acordo com o *considerandum* 15, «a inclusão do fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados no contrato de compra e venda celebrado com o vendedor deverá depender do conteúdo desse contrato. A presente diretiva deverá incluir conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados cujo fornecimento seja explicitamente exigido pelo contrato. Deverá também incluir os contratos de compra e venda que podem ser entendidos como abrangendo o fornecimento de conteúdos específicos ou a prestação de um de um serviço digital específico, atendendo a que esses conteúdos e serviços são habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar a sua presença, dada a natureza dos bens e tendo em conta qualquer declaração pública feita pelo vendedor ou em nome deste ou por outras pessoas em fases anteriores da cadeia de transações, incluindo o produtor. Se, por exemplo, uma televisão inteligente tiver sido anunciada como incluindo uma determinada aplicação de vídeo, considerar-se-á que tal aplicação faz parte do contrato de compra e venda. Esta solução deverá aplicar-se independentemente de os conteúdos ou serviços digitais estarem pré-instalados nos próprios bens ou terem de ser descarregados posteriormente noutros dispositivos e estarem apenas interligados aos bens. A título de exemplo, um telemóvel inteligente pode vir com uma aplicação normalizada pré-instalada fornecida nos termos do contrato de compra e venda, como por exemplo uma aplicação



de alarme ou uma aplicação de câmara. Outro exemplo possível é o de um relógio inteligente. Nesse caso, o próprio relógio seria o bem que integra elementos digitais, que só podem desempenhar as suas funções com uma aplicação fornecida nos termos do contrato de compra e venda, mas que deverá ser descarregada pelo consumidor num telemóvel inteligente; nesse caso, a aplicação seria assim o elemento digital interligado. Tal deverá aplicar-se também se os conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados não forem fornecidos pelo próprio vendedor, mas sim, nos termos do contrato de compra e venda, por terceiros. A fim de evitar incertezas para os operadores e para os consumidores relativamente à questão de saber se o fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais faz parte do contrato de compra e venda, deverão aplicar-se as regras da presente diretiva».

Porém, nos termos do *considerandum* 16, «se a falta de conteúdos ou serviços digitais incorporados ou interligados não impedir os bens de desempenharem as suas funções ou se o consumidor celebrar um contrato de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais que não faça parte de um contrato de compra e de bens com elementos digitais, esse contrato deverá considerar-se distinto do contrato de compra e venda dos bens, mesmo que o vendedor atue como intermediário nesse segundo contrato com o operador terceiro, e poderá estar abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva (UE)2019/770. Por exemplo, se o consumidor descarregar uma aplicação de jogo de uma loja de aplicações para um telemóvel inteligente, o contrato de fornecimento da aplicação de jogo é distinto do contrato de compra e venda do próprio telemóvel inteligente. Por conseguinte, a presente diretiva deverá apenas aplicar-se ao contrato de compra e venda do telemóvel



inteligente, enquanto o fornecimento da aplicação de jogo deverá estar abrangido pela Diretiva (UE) 2019/770, caso se encontrem preenchidas as condições nela previstas. Outro exemplo é o caso em que é expressamente acordado que o consumidor compra um telemóvel inteligente sem um sistema operativo específico e posteriormente celebra com um terceiro um contrato para o fornecimento de um sistema operativo. Nesse caso, o fornecimento do sistema operativo comprado em separado não faz parte do contrato de compra e venda e, por conseguinte, não é abrangido pelo âmbito de aplicação da presente diretiva, mas poderá estar abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva (UE) 2019/770, caso se encontrem preenchidas as condições nela previstas».

Significa isto que a Diretiva se aplica aos casos que estamos a abordar na nossa reflexão, importando, assim, analisar as soluções que consagra. Nos termos do artigo 5º, o vendedor deve entregar ao consumidor bens que cumpram, consoante o caso, os requisitos objetivos e subjetivos de conformidade. Assim, os bens devem ser adequados às utilizações a que os bens do mesmo tipo normalmente se destinam, tendo em conta o direito da União e os direitos nacionais aplicável, as normas técnicas, ou, na falta de tais normas técnicas, os códigos de conduta específicos do setor que forem aplicáveis; possuir a qualidade e corresponder à descrição de uma amostra ou modelo que o vendedor tenha disponibilizado ao consumidor antes da celebração do contrato; ser entregues juntamente com os acessórios, incluindo a embalagem, instruções de instalação ou outras instruções que o consumidor possa razoavelmente esperar receber; corresponder à quantidade e possuir as qualidades e outras características, inclusive no que respeita à durabilidade, funcionalidade, compatibilidade e



segurança, que são habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor possa razoavelmente esperar, dada a natureza dos bens e tendo em conta qualquer declaração pública feita pelo vendedor ou em nome deste ou por outras pessoas em fases anteriores da cadeia de transações, incluindo o produtor, particularmente através de publicidade ou de rotulagem. Tal como no anterior regime, o vendedor não fica vinculado pelas declarações públicas do produtor ou de terceiro, se demonstrar que não tinha, nem podia razoavelmente ter, conhecimento da declaração pública em causa; no momento da celebração do contrato, a declaração pública em causa tinha sido corrigida de forma igual ou comparável à forma por que tinha sido feita; ou a decisão de comprar os bens não poderia ter sido influenciada pela declaração pública.

No caso de bens com elementos digitais, o vendedor deve assegurar que o consumidor seja informado sobre as atualizações e que estas lhe sejam fornecidas, incluindo atualizações de segurança, que sejam necessárias para colocar tais bens em conformidade, durante o período em que o consumidor pode razoavelmente esperar, dado o tipo e finalidade dos bens e dos elementos digitais, e tendo em consideração as circunstâncias e natureza do contrato, caso o contrato de compra e venda estipule um único fornecimento do conteúdo ou serviço digital; ou indicado no artigo 10º , nº 2 ou nº 5, consoante aplicável, sempre que o contrato de compra e venda estipule o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital durante um determinado período. Porém, se o consumidor não proceder à instalação, num prazo razoável, das atualizações fornecidas, o vendedor não é responsável por qualquer falta de conformidade resultante unicamente da falta de atualização em causa, desde que o vendedor tenha informado o



consumidor sobre a disponibilidade da atualização e as consequências da sua não instalação; a não instalação ou a instalação incorreta da atualização pelo consumidor não se tenha ficado a dever a deficiências nas instruções de instalação fornecidas ao consumidor.

No que respeita à conformidade subjetiva, os bens devem corresponder à descrição, ao tipo, à quantidade e à qualidade e ter a funcionalidade, a compatibilidade, a interoperabilidade e as demais características, tal como exigidas pelo contrato de compra e venda; ser adequados a qualquer finalidade específica para a qual o consumidor os destine e que tenha sido comunicada ao vendedor o mais tardar no momento da celebração do contrato e relativamente à qual o operador tenha manifestado concordância; ser entregues juntamente com todos os acessórios e instruções, inclusivamente de instalação, tal como estipulado no contrato de compra e venda; e ser fornecidos com todas as atualizações, tal como estipulado no contrato de compra e venda.

Pode ainda haver falta de conformidade por uma incorreta instalação, nos termos do artigo 8º.

O vendedor é responsável perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista no momento em que os bens foram entregues e se manifeste num prazo de dois anos a contar desse momento. No caso de bens com elementos digitais, caso o contrato estipule o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital durante um determinado período, o vendedor é também responsável por qualquer falta de conformidade do conteúdo ou serviço digital que ocorra ou se manifeste no prazo de dois anos a contar da data em que os bens com elementos digitais foram



entregues. Caso o contrato estipule o fornecimento contínuo durante um período superior a dois anos, o vendedor é responsável por qualquer falta de conformidade dos conteúdos ou serviços digitais que ocorra ou se manifeste no período durante o qual os conteúdos ou serviços digitais devam ser fornecidos nos termos do contrato de compra e venda, de acordo com o artigo 10º.

Havendo desconformidade, o consumidor tem direito à reposição, à redução proporcional do preço ou à rescisão do contrato. A reposição implica a escolha entre a reparação do bem e a sua substituição, a menos que o meio de ressarcimento escolhido seja impossível, ou, em comparação com outro meio de ressarcimento, imponha ao vendedor custos que sejam desproporcionados.

Nos termos do artigo 18º, caso o vendedor seja responsável perante o consumidor por uma falta de conformidade resultante de um ato ou omissão, nomeadamente a não disponibilização de atualizações de bens com elementos digitais, de uma pessoa em estádios anteriores da cadeia contratual, o vendedor deve beneficiar do direito a agir contra a pessoa ou pessoas responsáveis na cadeia contratual.

Por seu turno, a Diretiva (UE) 2019/770 determina, no seu artigo 5º/1, que o profissional deve fornecer os conteúdos ou serviços digitais ao consumidor, sem demora indevida, depois da celebração do contrato, e em conformidade com os requisitos objetivos e subjetivos, consagrados nos artigos 7º e 8º. Ou seja, os conteúdos ou serviços digitais devem corresponder à descrição, à quantidade e à qualidade e ter a funcionalidade, a compatibilidade, a interoperabilidade e as demais características exigidas pelo



contrato; ser adequados a qualquer finalidade específica para a qual o consumidor os destine e que tenha sido comunicada ao profissional, o mais tardar no momento da celebração do contrato, e relativamente à qual o profissional tenha manifestado concordância; ser fornecidos juntamente com todos os acessórios e instruções, inclusivamente de instalação, e apoio ao cliente, tal como exigidos pelo contrato; ser atualizados; ser adequados às utilizações a que os conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo normalmente se destinam, tendo em conta, sendo caso disso, o direito da União e o direito nacional em vigor, as normas técnicas ou, na falta de tais normas técnicas, os códigos de conduta específicos do setor que forem aplicáveis; corresponder à quantidade e possuir as qualidades e as características de desempenho, inclusive no que respeita à funcionalidade, compatibilidade, acessibilidade, continuidade e segurança, que são habituais em conteúdos ou serviços digitais do mesmo tipo e que o consumidor possa razoavelmente esperar, dada a natureza do conteúdo ou serviço digital e tendo em conta qualquer declaração pública feita pelo profissional ou em nome deste, ou por outras pessoas em estádios anteriores da cadeia contratual, particularmente através de publicidade ou rotulagem; ser fornecidos juntamente com os acessórios e as instruções que o consumidor possa razoavelmente esperar receber; estar em conformidade com quaisquer versões de teste ou pré-visualizações dos conteúdos ou serviços digitais disponibilizadas pelo profissional antes da celebração do contrato.

Por outro lado, o prestador do serviço deve fornecer as atualizações necessárias, incluindo atualizações de segurança, durante o período em que os conteúdos digitais ou os serviços



digitais devam ser fornecidos nos termos desse mesmo contrato, nas hipóteses de fornecimento contínuo durante um determinado lapso temporal; ou durante o período em que o consumidor possa razoavelmente contar com esse serviço acessório, dado o tipo e finalidade dos conteúdos ou serviços digitais e tendo em consideração as circunstâncias e natureza do contrato, nos casos em que há único ato de fornecimento ou uma série de atos individuais de fornecimento. Exige-se da parte do consumidor a diligência para proceder às referidas atualizações, sob pena de se excluir qualquer responsabilidade do fornecedor.

Lidamos, assim, com duas hipóteses distintas: uma em que existe um único fornecimento ou diversos atos individuais de fornecimento; outra em que o fornecimento é contínuo. No primeiro caso, o fornecedor é responsável por qualquer falta de conformidade que exista no momento do fornecimento; na segunda alternativa, o profissional é responsável pelas faltas de conformidade que ocorram ou se manifestem no período durante o qual os conteúdos ou serviços digitais devam ser fornecidos.

Em casos de não fornecimento, o consumidor deve solicitar ao profissional o fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais; caso tal não ocorra, sem demora indevida, ou num prazo adicional, convencionado pelas partes, tem direito a resolver o contrato. O direito à resolução opera imediatamente se o fornecedor declarar que não vai fornecer os conteúdos ou serviços digitais ou se tiver sido convencionado um termo necessário. Nas hipóteses de falta de conformidade, o consumidor tem direito à reposição dos conteúdos ou serviços digitais em conformidade, salvo se tal for impossível ou se se manifestar desproporcional para o fornecedor, a uma redução do preço ou à resolução do contrato. Estes remédios não são



alternativos, existindo uma precedência necessária entre eles. A resolução tem eficácia retroativa, devendo o profissional reembolsar o consumidor de todos os montantes pagos no âmbito do contrato⁶⁷. Uma vez resolvido o contrato, o consumidor deve abster-se de utilizar os conteúdos digitais e de colocá-los à disposição de terceiros. Sempre que aqueles tiverem sido fornecidos num suporte material, o consumidor deve, a pedido e a expensas do profissional, devolver sem demora indevida o suporte material.

Nos termos do artigo 20º, caso o profissional seja responsável perante o consumidor pelo não fornecimento dos conteúdos ou serviços digitais ou por uma falta de conformidade resultante de um ato ou omissão de uma pessoa em estádios anteriores da cadeia contratual, o profissional deve beneficiar do direito a agir contra a pessoa ou pessoas responsáveis na cadeia de transações comerciais. Caberá ao direito interno determinar a pessoa contra a qual o profissional pode exercer o seu direito de regresso.

Sublinhe-se, *in fine*, que, de acordo com o artigo 10º, se houver um impedimento ou limitação à utilização de conteúdos ou serviços digitais, por força da violação de direitos de terceiros, em especial direitos de propriedade intelectual, o consumidor deve ter direito aos meios de ressarcimento por falta de conformidade.

⁶⁷ A eficácia retroativa será parcial se o contrato estipular o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais em troca do pagamento de um preço e durante um determinado período, e os conteúdos ou serviços digitais tiverem estado em conformidade durante um período anterior à rescisão do contrato.



6.2. Reflexões em torno da disciplina comunitária

A breve análise das recentes diretivas comunitárias que chamámos à colação permite-nos extrair algumas conclusões fundamentais.

A principal preocupação – para além da necessária uniformização do direito interno dos diversos estados-membros – é a tutela do consumidor. É com esse fito que se proclama responsável o vendedor e o fornecedor de conteúdos e serviços digitais. Vai-se, portanto, mais longe do que aquilo que seria viável com o funcionamento das tradicionais regras contratuais. Mas, atendendo-se às especificidades dos bens com elementos digitais e dos conteúdos e serviços digitais, vai-se igualmente mais longe, por não se exigir que a falta de conformidade se denote no momento da entrega do bem ou do fornecimento. Dá-se, nessa medida, guarida à posição do consumidor, num caso como o que estávamos a analisar.

Fica na sombra a eventual responsabilidade do produtor ou dos produtores. Sobre tal aspeto, o *considerandum* 63 da Diretiva (UE) 2019/771 dispõe que «a questão de saber se o consumidor pode igualmente apresentar uma reclamação diretamente contra uma pessoa em fases anteriores da cadeia de transações não é regulada pela presente diretiva, exceto nos casos em que um produtor ofereça ao consumidor uma garantia comercial pelos bens». Significa isto que, não se opondo a uma solução de responsabilização do produtor, o novo enquadramento legal comunitário apenas a afirma inequivocamente nas hipóteses em que exista vinculação negocial, através de um contrato de garantia. Deixam-se, contudo, as portas abertas para outras hipóteses – aliás,



por nós *supra* analisadas – de relevância contratual ou quase contratual da relação entre o produtor e o consumidor final⁶⁸.

Fundamental é distinguir – como também já tinha sido prenunciado na nossa exposição – o tipo contratual concretamente em causa, para o que, quando se lide com bens digitais, haveremos de ter em conta a estrutura e a intencionalidade do acordo firmado entre as partes. Tomando como referente a aquisição de um *smartphone* ou de um *tablet*, e em concordância com o que as diretivas analisadas dispõem, se o bem é adquirido na pressuposição de que integra um determinado sistema operativo, sem o qual não funciona, o bem digital faz parte do conteúdo do contrato de compra e venda, fazendo parte integrante do bem material em questão; pelo contrário, se o *smartphone* ou *tablet* tiverem sido adquiridos com a consciência da inexistência de um sistema operativo específico, que será disponibilizado por um terceiro, então, tal sistema operativo não faz parte do contrato de compra e venda, não integrando incindivelmente o bem material, hipótese em que estaremos diante de um contrato de prestação de um serviço conjugado com um contrato de compra e venda. É neste ponto que o fornecedor do sistema operativo pode ser diretamente responsabilizado pelo consumidor.

Os dados parecem ainda ter consequências em sede de responsabilidade do produtor. A este propósito, Henrique Sousa Antunes, numa brilhante e inovadora análise do impacto que a era digital deverá ter nesse âmbito, aduz que “se o conteúdo digital

⁶⁸ *Vide*, em sentido diverso, Henrique Sousa ANTUNES, “Responsabilidade civil do produtor: os danos ressarcíveis na era digital”, conforme explicitado *supra*.



preservar a sua identidade relativamente ao produto acabado, o produtor daquele conteúdo deve responder diretamente perante o terceiro lesado pelas lesões pessoais ou materiais por este sofridas, compreendendo nos danos às coisas o bem tangível de suporte e os demais conteúdos digitais aí instalados. À aquisição de conteúdos digitais equipara-se a aquisição das suas atualizações”⁶⁹. Mais refere o autor que “a distinção operada pelas diretivas de 2019 proporciona o critério necessário para imputar ao produtor de conteúdos digitais o dever de indemnizar pelos “defeitos repercutentes”. Haverá exclusão da responsabilidade daquele produtor pelos danos no produto final se o contrato respeitar à venda de “bens com elementos digitais”. Nesses casos, o suporte material dos bens não é irrelevante (na verdade, é elemento determinante da compra e venda - veja-se o artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva (UE) 2019/770), ainda que os conteúdos digitais incorporados ou aos bens interligados se apurem essenciais para que o produto final desempenhe as suas funções”.

Repare-se que a preocupação é, em face da limitação dos danos ressarcíveis, no quadro da responsabilidade do produtor, aos danos causados em coisa diferente do produto, saber em que medida os conteúdos digitais podem ou não diferenciar-se dos bens materiais que lhes servem de suporte. Mas as reflexões do autor acabam por não só vincar a cisão a que as diretivas nos conduzem, como mostrar que nas hipóteses em que o conteúdo digital faz parte integrante do produto final as soluções serão diversas daquelas a que chegamos quando o que está em causa é o fornecimento de um

⁶⁹ Henrique Sousa ANTUNES, “Responsabilidade civil do produtor: os danos ressarcíveis na era digital”



serviço⁷⁰.

Mafalda Miranda Barbosa

⁷⁰ A conclusão segundo a qual o bem com conteúdos digitais deve ser tratado unitariamente não obsta a que a relação contratual entre os produtores das diversas partes integrantes não possa ser analisada na sua eficácia protetiva em relação a terceiros consumidores.

Note-se, a este propósito, a preocupação das instâncias europeias em chamarem para o âmbito de relevância da tutela do consumidor os contratos que tenham por objeto o fornecimento ou a prestação de conteúdos digitais ou serviços digitais. Nesse sentido, devem ser compreendidas algumas alterações contidas na proposta de Diretiva relativa ao *enforcement* e modernização do direito europeu do consumidor, que vai alterar as Diretivas 93/13/CEE, 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE. Assim, segundo os novos termos propostos para a Diretiva 2005/29/CE, relativa à disciplina das práticas comerciais desleais, o produto deve passar a ser entendido como “qualquer bem ou serviço, incluindo bens imóveis, serviços digitais ou conteúdo digital, bem como direitos e obrigações”. Do mesmo modo, bem, para efeitos da Diretiva 2011/83/UE, passará a ser compreendido de acordo com a Diretiva 2019/771. No quadro dessa mesma Diretiva 2011/83/UE, o contrato de compra e venda passa a ser entendido como “o contrato nos termos do qual o vendedor transfere ou se compromete a transferir a propriedade dos bens para o consumidor, incluindo contratos que tenham como objeto simultaneamente bens e serviços”; e o contrato de serviço surge definido como “o contrato que não o contrato de compra e venda, nos termos do qual o profissional presta um serviço, incluindo um serviço digital a um consumidor”. A diretiva também se aplica aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos por um meio tangível ou um serviço digital ao consumidor e por meio do qual o consumidor fornece dados pessoais ao profissional, exceto se os dados pessoais fornecidos pelo consumidor forem tratados exclusivamente pelo profissional com o propósito de fornecer o conteúdo digital.



REVISTA DE DIREITO COMERCIAL

www.revistadedireitocomercial.com
2019-11-17