



P. n° 1604/22

I - RELATÓRIO

██████████ pretende a resolução do contrato de compra e venda de aparelhos auditivos que, em 5/3/2022, celebrou com ██████████ (coligado a um contrato para financiamento de crédito concedido pela financeira ██████████), para o que alegou:

Após a reclamada (num contacto telefónico que com ele fez) se ter oferecido para o transportar entre a sua residência e o local do rastreio, o reclamante foi aí atendido por uma pessoa de bata branca que se auto-intitulou “doutor” e que lhe disse que ele necessitava efectivamente duns aparelhos auditivos, sob pena de, futuramente, poder ficar muito afectado; nesse contexto, sentiu-se “coagido” a ir ao multibanco juntamente com um técnico para facultar o NIB com vista a aquisição dos aparelhos e a assinar o contrato, sem ter a real percepção do que este acarretaria para a sua condição financeira (apenas auferia uma pensão no valor de € 700 mensais, paga renda de casa e tem dois filhos ao seu encargo financeiro), nem ser capaz de avaliar adequadamente o produto que estava a adquirir, dadas a sua idade avançada (79 anos), saúde frágil, poucos conhecimentos e posição social; depois do dia do teste, os aparelhos auditivos não funcionavam devidamente e não os conseguia utilizar, pois provocavam-lhe grande desconforto e pioravam a sua audição; disso a reclamada foi informada pela filha do reclamante, antes do término dos 14 dias para a resolução do contrato, que aquela não aceitou, dizendo que nada podia fazer; um médico otorrino que o reclamante consultou emitiu o parecer de que ele não necessita de aparelhos auditivos; toda esta situação tem afectado psicologicamente o reclamante, pois tem as prestações em dia, apesar dos poucos rendimentos que auferia.

A reclamada contestou, alegando, essencialmente:

(i) O referido contrato teve por objecto a aquisição pelo reclamante, pelo preço total de € 4.400, de dois aparelhos auditivos, os quais se encontram registados sob a referência 211446 na lista de dispositivos médicos, de acordo com o “Infarmed”, pelo que, estando o fornecimento de tais dispositivos excluído do âmbito da resolução alternativa de litígios [art. 2.º/2/ b) da Lei n.º 144/2015, de 8/9], este Tribunal é materialmente incompetente;

(ii) O reclamante e a reclamada estipularam, mediante a cláusula sétima do contrato, que seria competente para apreciar e dirimir qualquer litígio dele emergente, o Centro de Arbitragem de





REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA
Governo Regional
SECRETARIA REGIONAL DE ECONOMIA
CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DA RAM
TRIBUNAL ARBITRAL

AR.D.

Conflitos de Consumo de Lisboa, para o qual o processo deve ser remetido, por ser territorialmente incompetente o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região da Madeira;

(iii) Tendo recebido os aparelhos auditivos no dia 5/3/2022, o reclamante dirigiu-se à reclamada em 17/3/2022, acompanhado da sua filha, com o objectivo de renegociar o prazo do contrato de crédito, demonstrando interesse na aquisição dos aparelhos e não tendo solicitado a resolução, nessa data nem posteriormente (até à apresentação desta reclamação), pelo que se verifica a caducidade do exercício do seu direito ao arrependimento, a partir de 19/3/2022 [cf. art. 10º do DL n.º 24/2014, de 14/2];

(iv) Depois de convidado para o efeito, o reclamante compareceu no dia 5/3/2022 numa unidade móvel da reclamada, onde lhe foram realizados rastreio auditivo e audiograma por um técnico qualificado, no seguimento do qual, tendo-lhe sido detectada perda auditiva, ele experimentou os aparelhos auditivos e decidiu adquiri-los;

- a reclamada forneceu ao reclamante o conhecimento de todos os termos do contrato, facultando-lhe em tempo útil todas as informações necessárias de forma clara e compreensível, tendo-lhe explicado verbalmente tais termos e também entregado as informações pré-contratuais, onde consta expressamente o prazo de 14 dias para a livre resolução do contrato e o respectivo procedimento de resolução;

- antes da apresentação desta reclamação, nunca existiu qualquer queixa acerca do alegado desconforto causado pelos aparelhos ou sobre a forma como o rastreio, diagnóstico e venda destes foram realizados.

*

Inexistem nulidades.

(i) Como se viu, a reclamada, ao abrigo do disposto no art. 2.º/2/ b) da Lei n.º 144/2015, de 8/9, invocou a incompetência material deste Tribunal para conhecer do litígio por nele estar em causa o fornecimento que fez ao reclamante de dois aparelhos auditivos, os quais a mesma considera tratar-se de dispositivos médicos, de acordo com o estabelecido pelo “Infarmed”.

Relativamente à excepção assim deduzida, a competência do tribunal, como é aceite consensualmente, afere-se pela pretensão do demandante, compreendidos os respectivos fundamentos: a determinação da competência do tribunal para o conhecimento da pretensão deduzida afere-se pelo *quid disputatum*, ou seja, pelo modo como esta pretensão se apresenta





REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA
Governo Regional
SECRETARIA REGIONAL DE ECONOMIA
CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DA RAM
TRIBUNAL ARBITRAL

ARR

estruturada, tanto quanto ao pedido em si mesmo, como aos respectivos fundamentos, sendo irrelevante, para esse efeito, o eventual juízo de prognose sobre a viabilidade ou o mérito da mesma.

É certo que o “Infarmed”, em abstracto, qualifica de “dispositivo médico” *«qualquer instrumento, aparelho, equipamento, software, material ou artigo utilizado isoladamente ou em combinação», «cujo principal efeito pretendido no corpo humano não seja alcançado por meios farmacológicos, imunológicos ou metabólicos», «destinado pelo fabricante a ser utilizado em seres humanos para fins de tratamento, atenuação ou compensação de uma lesão ou de uma deficiência»*. Assim, o termo “dispositivo médico” *«engloba um vasto conjunto de tecnologias e produtos que são destinados, pelo seu fabricante, a serem utilizados para fins comuns aos dos medicamentos, tais como prevenir, diagnosticar ou tratar uma doença humana.»*

Na competência deste Tribunal Arbitral de Consumo cabe a resolução alternativa (extrajudicial) de litígios iniciados por um consumidor contra um fornecedor de bens ou prestador de serviços e que respeitem, estritamente, a obrigações contratuais (cf. arts. 1º e 2º da Lei 144/2015, de 8/9), mas também é certo que a norma em que a reclamada se estriba exclui da resolução alternativa de litígios de consumo qualquer pretensão fundada em eventuais incumprimentos de obrigações atinentes a *«serviços de saúde prestados aos doentes por profissionais do sector para avaliar, manter ou reabilitar o seu estado de saúde, incluindo a prescrição, a dispensa e o fornecimento de medicamentos e dispositivos médicos»*.

3

Compreende-se a razão de ser de tal exclusão, perante a enorme relevância e o melindre da prestação por profissionais de saúde aos doentes dos cuidados de que os mesmos carecem e para que aqueles estão especialmente habilitados, incluindo o fornecimento de dispositivos médicos.

Porém, sendo essa a respectiva *ratio*, a norma não tem aqui cabimento algum, porquanto não está posta em crise qualquer prestação de cuidados de saúde por profissionais de saúde, designadamente respeitante a fornecimento de dispositivos médicos: o reclamante estrutura a pretensão que aduz no alegado incumprimento pela reclamada das obrigações inerentes ao contrato entre ambos celebrado, mediante o qual esta se limitou a vender-lhe dois aparelhos auditivos num seu posto móvel. Resulta do teor da reclamação que tal fornecimento foi concretizado sem qualquer avaliação ou prescrição prestadas por um profissional de saúde, o que veio a ser corroborado pela reclamada ao assumir que a venda foi apenas precedida de rastreio auditivo e audiograma, realizado por um técnico ao seu serviço.





REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA
Governo Regional
SECRETARIA REGIONAL DE ECONOMIA
CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DA RAM
TRIBUNAL ARBITRAL

ARR

Logo, ponderando o pedido e respectiva causa de pedir, tal como estruturados pelo demandante, este Tribunal é absolutamente competente, em razão da matéria, para conhecer da reclamação em apreço.

(ii) Apesar de sustentar a incompetência material deste Tribunal Arbitral de Consumo – e, logicamente, de qualquer outro – a reclamada também vem requerer que o processo seja remetido para o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa, por ser o territorialmente competente face ao convencionado pelos contraentes mediante a invocada cláusula sétima do contrato.

A reclamada não tem razão.

A aplicabilidade dessa cláusula dependeria do acatamento do regime das cláusulas contratuais gerais, aprovado pelo DL 446/85 com as suas subsequentes alterações (LCCG), dado não ser controverso que a mesma constituiria uma cláusula com tal natureza, ainda que inserida em contrato singular. Ou seja, tudo se resumiria em saber se a reclamada logrou provar que cumpriu efectivamente os deveres de comunicação e informação impostos pelos arts. 5º e 6º da LCCG.

Ora, como adiante mais detalhadamente se verá, mostrando-se no caso em apreço omitido aquele ónus em relação à dita cláusula, fulcral para a pretensão da reclamada, teria a mesma que considerar-se excluída do contrato, pelo que improcede o por ela aqui argumentado nesta vertente.

E, ainda que assim não fosse, a aplicabilidade da invocada convenção, ao implicar que a reclamada fosse demandada em Lisboa, por força da cláusula do foro supostamente tipificada no escrito em apreço, e não no Funchal (considerando que o reclamante/consumidor tem o seu domicílio em Estreito de Camara de Lobos (Região Autónoma da Madeira), contenderia com o imperativo essencial imposto pelo legislador às entidades de RAL no art. 10º da citada Lei 144/2015 de «assegurar que os procedimentos de RAL são eficazes, estão disponíveis e facilmente acessíveis, tanto em linha (online) como por meios convencionais, para ambas as partes, independentemente do local onde se encontrem».

Para além disso, mas ainda sob a mesma perspectiva, a cláusula geral sob apreciação sempre seria proibida, por força do disposto no art. 19º/g) (ex vi do art. 20º) da LCGC que estatui a proibição das condições gerais que estabeleçam «um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem».





REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA
Governo Regional
SECRETARIA REGIONAL DE ECONOMIA
CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DA RAM
TRIBUNAL ARBITRAL

AR.P.

Com efeito, o estabelecimento de tal foro convencional, na prática, impossibilitaria o ora reclamante de ter exercido o direito a que aqui se arroga, assim como, em geral, seria susceptível de envolver graves inconvenientes para todos os consumidores que se achem domiciliados em localidades a apreciável distância e dificuldade de acesso a Lisboa, desde logo, para a deslocação ao tribunal escolhido (a do próprio e/ou a de eventuais testemunhas e mandatário), mas também para a apresentação de outros meios de prova.

Já por banda da reclamada, enquanto predisponente dessa cláusula, mesmo não tendo apresentado qualquer justificação para a escolha que fez do foro “convencional”, certo é que uma eventual salvaguarda dos seus interesses económicos não justificaria o seu estabelecimento, uma vez que é uma empresa com uma carteira de clientes que abarca, pelo menos, a Madeira e, por outro lado, com capacidade para produzir a prova que bem entendeu, tal como para angariar os serviços da sua mandatária judicial, que, com recurso às tecnologias de informação e comunicação, pôde facilmente desempenhar a sua incumbência, independentemente da localização do seu escritório.

Donde dever concluir-se que a condição geral sindicada, se não fosse tida por excluída, sempre seria proibida e, em concreto, nula, por violar desmesuradamente o equilíbrio da relação contratual, expor o reclamante/consumidor a consequências bem nefastas e atentar contra os seus mais elementares direitos, não se aceitando o despudor na sua invocação.

5

Inexistem outras exceções ou questões prévias de que cumpra conhecer e que obstem ao conhecimento de mérito.

II-FUNDAMENTAÇÃO

OS FACTOS

Provou-se apenas a seguinte factualidade:

1) A reclamada contactou o reclamante por telefone, propondo-se transportá-lo a partir da sua residência e realizar-lhe um exame auditivo gratuito.

2) Por tal modo, em 5/3/2022 o reclamante foi levado a um posto móvel da reclamada e, tendo sido aí atendido por um funcionário da reclamada vestido de bata branca e que se auto-intitulou “doutor”, foi submetido a um rastreio auditivo e a um audiograma, sobre cujo resultado a reclamada registou que o mesmo sofria de perda auditiva.





REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA
Governo Regional
SECRETARIA REGIONAL DE ECONOMIA
CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DA RAM
TRIBUNAL ARBITRAL

ARR

3) Na sequência, a reclamada convenceu o reclamante de que este necessitava efectivamente duns aparelhos auditivos, bem como a adquiri-los e a ir, acompanhado de um seu funcionário, a uma caixa multibanco para recolher o respectivo NIB para tal efeito.

4) Nesse contexto, o reclamante aceitou celebrar o contrato de compra e venda de dois aparelhos auditivos pelo preço de 4.400 euros, bem como um contrato para o respectivo financiamento, tendo proposto posteriormente a renegociação do prazo deste contrato de crédito, visando diminuir os encargos dele advindos.

5) Nos dias seguintes, o reclamante sentia que os aparelhos auditivos não funcionavam devidamente, que lhe provocavam grande incómodo e que não os conseguia utilizar, o que nunca mais fez.

6) Logo no dia 12/3, a filha do reclamante informou disso a reclamada, na pessoa duma funcionária desta, bem como lhe comunicou, no subsequente dia 17, que lhe iria devolver os aparelhos.

7) Ao que a dita funcionária respondeu que só o reclamante o poderia fazer, mas não nos dias 17 e 18, porque o estabelecimento da reclamada estava encerrado, e indicou-lhe o dia 22 para aquele lá ir deixar os aparelhos.

8) A filha do reclamante passou pelo estabelecimento da reclamada no referido dia 18 e verificou que o mesmo estava então aberto ao público.

9) No dia 22/3, o reclamante deslocou-se ao estabelecimento da reclamada para lhe devolver os aparelhos, tal como fora combinado, mas uma funcionária desta disse-lhe para os levar consigo e que nada podia fazer.

10) O reclamante sofre de hipoacusia neurosensorial de grau profundo bilateral sem ganho funcional com os aparelhos que a reclamada lhe vendeu.

11) O reclamante nasceu em 5/7/1943, foi cantoneiro e encontra-se actualmente reformado, auferindo uma pensão no valor de € 700 mensais.

12) No circunstancialismo acima referido nos itens 2) a 4) o reclamante não teve a real percepção do que o contrato acarretaria para a sua condição financeira nem a capacidade para avaliar adequadamente o produto que com ele estava a adquirir.

*





REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA
Governo Regional
SECRETARIA REGIONAL DE ECONOMIA
CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DA RAM
TRIBUNAL ARBITRAL

ARR

Com interesse para a decisão, não se provou que a reclamada tivesse fornecido ao reclamante o conhecimento concretizado de todos os termos do contrato escrito que juntou aos autos, facultando-lhe em tempo útil todas as informações necessárias de forma clara e compreensível e explicando-lhe verbalmente tais termos, nomeadamente sobre o procedimento de resolução e sobre a cláusula sétima pela mesma invocada.

*

Para ter por processualmente adquirida a realidade fáctica descrita, o Tribunal formou a sua convicção a partir do exame e análise crítica da conjugação do teor das declarações do reclamante e do depoimento da sua filha, a testemunha [REDACTED] que, prestados coerente e espontaneamente, assumiram um decisivo relevo não só porque deles resultou, cristalinamente, o fio de tudo o que realmente aconteceu, em conformidade com as regras da experiência comum, mas também porque se mostraram intensamente corroboradas pelo que se extrai dos documentos juntos aos autos (nos seus segmentos não impugnados pelas partes) – com especial relevo para o de fls. 27, que incorpora o parecer que deu corpo ao facto inserto no item 10) e a que, no confronto com o alvitre emitido em audiência pela testemunha [REDACTED] técnica audiológica da reclamada, foi atribuída natural preponderância por o seu autor ser um médico especialista otorrino –, sem que, por outro lado, a consistência do que de tais elementos se colheu tenha sido minimamente abalada pela reclamada, designadamente pelo contributo probatório que trouxe à audiência, circunscrito ao depoimento da testemunha [REDACTED], que, sendo a funcionária da reclamada responsável pela respectiva loja no Funchal, com relevo, apenas disse, genericamente, quais os procedimentos adoptados aquando do contacto com o reclamante e que então explicou a este tudo o que o contrato impunha. Porém, a testemunha apenas substanciou esta alusão genérica com a referência ao valor, designadamente mensal que o reclamante teria de pagar, não se tendo debruçado sobre alguma outra estipulação contratual nem especificado qualquer outra informação, designadamente a que poderia ter permitido àquele consciencializar-se de que, nos termos do clausulado que a reclamada (predisponente) lhe apresentou, teria que ir para a cidade de Lisboa exercer os direitos inerentes ao contrato, sendo certo, aliás, que as explicações que a testemunha pudesse ter fornecido sempre se mostrariam de êxito muito duvidoso, face à reduzidíssima capacidade auditiva e à dificuldade de compreensão que o reclamante veio a ostentar em audiência.

*





S. R.
REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA
Governo Regional
SECRETARIA REGIONAL DE ECONOMIA
CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DA RAM
TRIBUNAL ARBITRAL

AR.P.

O DIREITO

Estamos perante um contrato de compra e venda previsto no art. 874º do CC e que deve ser considerado de consumo, atento o disposto no art. 2º/1 da Lei 24/96 (de 31/07), celebrado entre o reclamante, comprador/consumidor, e a reclamada, vendedora profissional.

Como decorrência do princípio base da nossa República, a dignidade da pessoa humana (art. 1º da CRP), o legislador constituinte consagrou, entre os demais direitos fundamentais, o direito dos consumidores à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos, e cometeu ao Estado a incumbência prioritária, no âmbito económico e social, de garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores, conferindo, mesmo, a todos o direito de acção popular para promover os direitos dos consumidores e assumindo que um dos objectivos da política comercial, a par da concorrência salutar dos agentes mercantis, é a protecção dos consumidores (cf. arts. 60º, 81º, 52º e 99º, também da lei fundamental).

Está, pois, distante o tempo do puro e duro liberalismo económico, em que se dispensava a intervenção do Estado, por mínima que fosse. Neste como noutros domínios, trata-se de temperar a auto-regulamentação do mercado, buscando garantir-se a efectiva actuação da autonomia privada, com uma real liberdade de autodeterminação pessoal, em relações de assimetria de poder como são as de consumo, perante as quais já não é consentido ao Estado (em sentido amplo) *laissez faire laissez passer*.

«O Estado deve, assim, intervir para proteger quem se encontre em situações de assimetria de poder, quer na relação com entes públicos, quer na relação com entes privados fortes ou até com outros particulares, e quem, por si só, não dispõe de condições para o livre desenvolvimento da personalidade ou para o exercício livre e autónomo dos seus direitos fundamentais» [como sintetizou a Juíza Conselheira Clara Sottomayor, na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. LXII (2021) 1]

Os princípios constitucionais brevemente aludidos mostram-se mais detalhadamente materializados pelo legislador ordinário em vários diplomas, entre os quais os que serão para aqui explicitamente convocados.

Desde logo, a referida Lei 24/96, o diploma base, para além de reiterar a aludida incumbência constitucionalmente cometida ao Estado e o reconhecimento do direito do consumidor à qualidade dos bens e serviços e à protecção da saúde e da segurança física, afirma o direito à





REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA
Governo Regional
SECRETARIA REGIONAL DE ECONOMIA
CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DA RAM
TRIBUNAL ARBITRAL

ARD

proteção dos seus interesses económicos, procurando a igualdade material dos intervenientes nas relações jurídicas de consumo, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contractos, e proíbe «o fornecimento de bens ou a prestação de serviços que, em condições de uso normal ou previsível, impliquem riscos incompatíveis com a sua utilização, não aceitáveis de acordo com um nível elevado de proteção da saúde e da segurança física das pessoas» (cf. art. 1º, 3º, 4º, 5º e 9º).

Afinal, porque a corrente sempre parte no seu elo mais fraco, proteger os consumidores dos excessos do mercado também é defender a sociedade em geral: o bom mercado coexiste pacificamente com a defesa do consumidor, porquanto o bom empresário, não deixando de visar o seu próprio lucro, coloca os consumidores no centro do seu negócio, satisfazendo com excelência os interesses destes como estratégia para os atrair a mais consumo.

E, sendo as relações de consumo o motor da economia, é também evidente o interesse público na protecção e defesa do seu elemento vulnerável, o consumidor, objectivando algum equilíbrio contratual.

A vulnerabilidade, decorrente da aludida assimetria, é o conceito em que se funda e a razão de ser de todos os direitos em que se desdobra a defesa do consumidor, preponderantemente proteccionista deste, como parte mais frágil da relação, para promover igualdade material nesta ou, pelo menos, aquele equilíbrio: as garantias conferidas aos consumidores não visam privilegiá-los, mas sim igualar a relação jurídica.

Essa vulnerabilidade decorre, em geral, de o fornecedor (i) deter as informações técnicas dos produtos e dos serviços que coloca no mercado e estabelecer as condições de sua comercialização – impondo, assim, sua vontade ante a impreparação do consumidor, cujas escolhas, por aquele direccionadas, não são inteiramente livres – e também deter, quase sempre, (ii) poderio económico e (iii) apoio jurídico muito superiores aos dos consumidores. Por isso, a mesma vem sendo classificada como técnica, fáctico/económica e jurídica.

Como se retira do nosso ordenamento jurídico-constitucional sinopticamente exibido, a vulnerabilidade de todo e qualquer consumidor, por se encontrar numa situação de desequilíbrio, goza de presunção absoluta e é a essa luz que terão de ser lidas todas as previsões normativas concernentes às relações de consumo em que qualquer pessoa se vê colocada no seu quotidiano.





REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA
Governo Regional
SECRETARIA REGIONAL DE ECONOMIA
CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DA RAM
TRIBUNAL ARBITRAL

ARR

Contudo, a vulnerabilidade, naturalmente inerente aos consumidores, só permite a efectiva protecção dos seus direitos, potencialmente ameaçados pelos fornecedores no dia a dia, se, descendo desse plano objectivo e genérico, contemplarmos também, caso a caso e sob diversos focos, a existência de diferentes tipos de consumidores, tal como de variados graus de vulnerabilidade intrínseca às idiossincrasias de cada um e/ou às particularidades de cada situação: só respeitaremos de maneira correcta a igualdade jurídica material salvaguardando as maiores vítimas (pontuais) de relações de consumo, os mais frágeis de entre os frágeis, com o grau de energia correspondente ao do da sua debilidade.

É por isso que tem sido salientada a necessidade de se distinguir entre a vulnerabilidade, como princípio, e a hipervulnerabilidade – que alguns designam por hipossuficiência –, característica pessoal, restrita a consumidores que vêem a sua presumida vulnerabilidade agravada por uma condição particular de carência cultural e/ou material, como sucede quando os seus poucos conhecimentos, a idade avançada, a saúde frágil, a posição social ou óbices de outra índole não lhes permitam avaliar adequadamente o produto ou serviço que estão a adquirir ou os transformam em presas fáceis de publicidade abusiva ou enganosa, aparentes facilidades propaladas por agentes que prometem crédito rápido, gratuito, ou seja o que for, entre outras práticas comerciais mais ou menos desleais e/ou agressivas.

Com efeito, enquanto a vulnerabilidade, sendo um princípio, é objectiva – o consumidor, por o ser, já é vulnerável e, só por isso, é merecedor de protecção –, a análise da hipossuficiência, como *plus* de vulnerabilidade deve ser realizada casuisticamente em cada demanda pelo juiz, porque é um conceito fáctico e não jurídico, e de maneira subjectiva, ou seja, alicerçada nas singularidades e nas condições pessoais de cada concreto consumidor ⁽¹⁾.

O reconhecimento, em função da observação do caso concreto, de que um determinado consumidor é mais vulnerável do que os demais intensifica a necessidade da efectivação da sua protecção, num grau de energia correspondente ao do da sua fragilidade ou ao da sua desigualdade na relação com o fornecedor, como já se disse.

1 Também para o Código de Defesa do Consumidor do Brasil, todo o consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente, sendo esta qualidade analisada como requisito para a possibilidade de inversão do ónus da prova, ao abrigo do art. 6º, al. VIII, nos seguintes termos: «a *facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ónus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*».





REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA
Governo Regional
SECRETARIA REGIONAL DE ECONOMIA
CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DA RAM
TRIBUNAL ARBITRAL

ARR

Segundo informa a Direção-Geral do Consumidor na sua página da *internet*, também a Comissão Europeia publicou um «*estudo que identifica as principais razões que provoca a vulnerabilidade dos consumidores e o que pode ser feito para habilitar os consumidores a fazer um melhor uso dos seus direitos e das alternativas, com base no que o mercado oferece.*»

(...) De acordo com este estudo um consumidor vulnerável é alguém que:

- *Está em maior risco de sofrer os resultados negativos do mercado;*
- *Tem uma capacidade limitada para maximizar o seu bem-estar enquanto consumidor;*
- *Tem dificuldade em obter ou assimilar informações;*
- *Será menos capaz de comprar, escolher ou aceder a produtos adequados; ou*
- *Está mais suscetível a determinadas práticas de marketing.»*

Está hoje adquirida a ideia de que a debilidade ou dependência do contraente mais fraco, que urge proteger, incorporada na própria noção de consumidor (tal como resulta do art. 2º da Lei n.º 24/96), implica um nível de protecção reforçado quando se trate de consumidor idoso, de reduzida (ou nenhuma) literacia e/ou de baixos rendimentos, por isso, (ainda) mais vulnerável.

Nessa senda, p. ex., Margarida Paz expende na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. LXII, 2021 (“A protecção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo”):

«(...) O aumento exponencial da população idosa faz surgir um novo tipo de consumidores, os chamados “consumidores da melhor idade”, relativamente aos quais surgem produtos específicos, associados, não só à saúde e ao bem-estar, mas também ao turismo, por exemplo. considerando a longevidade, mas também a qualidade de vida e autonomia que a pessoa idosa ainda pode usufruir, assiste-se a um incremento de bens e serviços quase em exclusivo dedicados às pessoas idosas, o que fomentará seguramente um nicho de mercado lucrativo (...).

(...) Assim, deve atender-se à *especial vulnerabilidade* da pessoa idosa, sem esquecer que a dependência, na qual se incluem as limitações físicas, deve ser igualmente acolhida no círculo de protecção.

Naturalmente, as pessoas idosas com *limitações cognitivas ou sensoriais* (ao nível da memória, da concentração, da capacidade de perceber os outros ou fazer-se entender por estes) devem ser igualmente salvaguardadas nas relações de consumo, com reforço da protecção quando estão em causa demências ou problemas de saúde que exigem acompanhamento.





REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA
Governo Regional
SECRETARIA REGIONAL DE ECONOMIA
CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DA RAM
TRIBUNAL ARBITRAL

AR.P.

A *solidão*, não sendo propriamente uma limitação, afeta muitas pessoas idosas que, por via do isolamento a que estão sujeitas, se tornam mais frágeis e vulneráveis a comportamentos contratualmente agressivos. Por esse motivo, também as pessoas idosas *sós* devem ser particularmente protegidas.»

Nos termos dos arts. 4º e 8º da citada Lei 24/96, os «*bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor*», devendo, para tanto, o fornecedor de bens (ou prestador de serviços), informá-lo, «*de forma clara, objectiva e adequada, a não ser que essa informação resulte de forma clara e evidente do contexto, nomeadamente sobre as características principais dos bens ou serviços, tendo em conta o suporte utilizado para o efeito e considerando os bens ou serviços em causa*», e sobre os «*riscos para a saúde e segurança dos consumidores que possam resultar da normal utilização de bens ou serviços perigosos*».

Tratando-se de uma venda de bens de consumo, também resulta dos arts. 5º e 6º a 9º do DL 84/2021, de 18/10 (este diploma, que veio revogar o precedente DL 67/2003 de 8/4, procedeu à transposição da Directiva (UE) 2019/771, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2019, relativa a certos aspectos dos contratos de compra e venda de bens, e visou reforçar os direitos dos consumidores na compra e venda de bens de consumo) ⁽²⁾ que o vendedor tem o dever de entregar ao consumidor bens «*conformes com o contrato de compra e venda*», o que vale por dizer que os bens terão de, nomeadamente:

(i) corresponder «*à descrição, ao tipo, à quantidade e à qualidade*» e que detenham «*a funcionalidade, a compatibilidade, a interoperabilidade e as demais características previstas no contrato*» e ser «*adequados a qualquer finalidade específica a que o consumidor os destine, de acordo com o previamente acordado entre as partes*», bem como «*ao uso a que os bens da mesma natureza se destinam*»;

(ii) corresponder «*à descrição e possuir as qualidades da amostra ou modelo que o profissional tenha apresentado ao consumidor antes da celebração do contrato*» e corresponder «*à quantidade e possuir as qualidades e outras características, inclusive no que respeita à durabilidade, funcionalidade, compatibilidade e segurança, habituais e expectáveis nos bens do*

2 Aplicável ao contrato em causa porque celebrado após a entrada em vigor do diploma (cf. art. 53º).





REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA
Governo Regional
SECRETARIA REGIONAL DE ECONOMIA
CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DA RAM
TRIBUNAL ARBITRAL

AR.P.

mesmo tipo considerando, designadamente, a sua natureza e qualquer declaração pública feita pelo profissional, ou em nome deste, ou por outras pessoas em fases anteriores da cadeia de negócio, incluindo o produtor, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem».

Isto é, exige-se que os bens ou serviços tenham as qualidades asseguradas pelo fornecedor ou necessárias para a realização daquele fim, determinado pelo objecto do contrato, também aferido pelo conteúdo das negociações conducentes à sua formação, à luz dos princípios da lealdade e da boa fé que, sobremaneira, se impõem nas relações jurídicas de consumo, tanto nos preliminares como na formação do contrato.

Estipula o art. 12º/1 do mesmo DL que o *«profissional é responsável por qualquer falta de conformidade que se manifeste no prazo de três anos a contar da entrega do bem».*

E, independentemente de culpa do fornecedor, em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, e nas condições estabelecidas art. 15º deste diploma, para além da *«indenização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos»* (art. 12º/1, da Lei 24/96), aqui não peticionados pelo reclamante, o consumidor tem direito:

- a) À reposição da conformidade, através da reparação ou da substituição do bem;*
- b) À redução proporcional do preço; ou*
- c) À resolução do contrato.»*

Recai sobre o consumidor o ónus da prova da falta de conformidade com o convencionado no contrato existente no momento em que o bem foi entregue ao consumidor (cf. art. 342º/1 do CC).

No caso, estamos perante um consumidor, (então) com quase 79 anos de idade e com pouca informação, que foi aliciado pela reclamada a investir em aparelhos auditivos uma muito relevante quantia, correspondente, ainda que paga em prestações, a uma parte muito significativa do parco rendimento (pensão) então auferido pelo reclamante, já por si mesmo, situado no patamar mínimo da subsistência.

E fê-lo sem o escrúpulo de saber, através de um exame da especialidade médica competente, se era clinicamente aconselhável que esse cidadão particularmente vulnerável utilizasse os aparelhos que a mesma mercadejava, o que veio a demonstrar-se não suceder (cf. item 10).

É sabido que, em geral, quem negocia com outrem, nos termos do art. 227º do CC, deve, tanto nos preliminares como na formação de um contrato e na sua própria execução, proceder





REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA
Governo Regional
SECRETARIA REGIONAL DE ECONOMIA
CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DA RAM
TRIBUNAL ARBITRAL

AR.P.

segundo as regras da boa-fé. Essas regras encerram deveres de protecção – que obrigam a procurar evitar causar danos ao parceiro negocial –, de informação – que vinculam as partes à prestação de todos os esclarecimentos necessários à conclusão honesta do contrato – e de lealdade – que adstringem os contraentes a não assumir comportamentos que se desviem de uma negociação correcta e honesta.

A razão de ser deste preceito está na tutela da confiança e da expectativa criada entre as partes no caminho negocial, mesmo antes de ter surgido qualquer contrato, ou seja, tanto na fase tendente à celebração do contrato, como na da sua conclusão e execução, percurso durante o qual devem as partes adoptar comportamentos conformes às regras da boa-fé. *«Toda a conduta, todo o agir ou interagir comunicativo, além de carrear uma pretensão de verdade ou de autenticidade (de fidelidade à própria identidade pessoal) desperta nos outros expectativas quanto à futura conduta do agente» e «todo o agir comunicativo implica uma auto-vinculação (uma exigência de fidelidade à pretensão que lhe é inerente), na medida em que desperta nos outros determinadas expectativas quanto a uma conduta futura. Mas esta auto-vinculação não tem que ter em todos os casos a mesma força»* ⁽³⁾.

Além disso, o exame sobre o grau de conformidade ou desconformidade com tais ditames da apurada conduta da reclamada, no âmbito do negócio ora em causa, não pode menosprezar a intenção há muito concretizada pelo legislador, em várias áreas do nosso ordenamento jurídico, de garantir a protecção especial do consumidor – entendido no sentido do nº 1 do artigo 2º da citada lei nº 24/96 – que, em geral, assume uma posição mais desfavorecida, em relação a quem desenvolve, no âmbito profissional, uma actividade económica.

Ora, a reclamada desconsiderou totalmente as particulares condições do cidadão que abordou, bem como os mais elementares cuidados em aferir das suas condições de saúde e, por essa via, da adequação dos aparelhos ao uso específico para que estaria destinado, afinal, para saber se o (normal) lucro que visou com o negócio poderia encontrar alguma razão no fornecimento daqueles (a melhoria da qualidade de vida do reclamante).

A reclamada não se ficou por aí: ainda mais censuravelmente, depois de os seus comissários assediarem o cidadão idoso e pouco informado com esquemas pouco dignos (cf. itens 1 a 3), perante a queixa do reclamante de que não se sentia bem com os aparelhos, tudo fez para evitar que

3 Baptista Machado in, RLJ 117º-233.





REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA
Governo Regional
SECRETARIA REGIONAL DE ECONOMIA
CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DA RAM
TRIBUNAL ARBITRAL

ARR

este procedesse à resolução imotivada do contrato (cf. itens 5 a 9), sem que, aliás, também tenha logrado evidenciar que procedera ao seu cabal esclarecimento verbal sobre o procedimento de tal resolução (no prazo de 14 dias).

A actuação protagonizada pela reclamada, por intermédio dos seus comissários, para além de afectada dos apontados assédio e falsidades, revelou ser, naquele concreto circunstancialismo, objectivamente idónea a elidir qualquer eventual relutância do reclamante, por isso, capciosa e meramente orientada ao seu desiderato, acabando a mesma por fornecer os aparelhos sem previamente criar as condições para o reclamante ser assistido por médico especialista que asseverasse, clinicamente, a adequação do uso do aparelho para a saúde e a segurança ou, sequer, para as suas capacidades auditivas, bem como sem cumprir os deveres de comunicação e informação que sobre ela impendiam.

Por fim, ainda mais decisivamente, contra as indicações fornecidas pela reclamada, o reclamante sofre de hipoacusia neurosensorial de grau profundo bilateral sem ganho funcional com os aparelhos que aquela lhe vendeu, dos quais, em absoluto, não carece, portanto.

Assim, atendendo à matéria de facto provada, é indiscutível que os aparelhos auditivos adquiridos pelo reclamante, ainda que, em si mesmos, pudessem não sofrer de vício, não podem realizar o fim esperado, uma vez que, como se apurou, do seu desempenho habitual aquele não colhe qualquer benefício.

A despeito das expostas idiossincrasias do reclamante, de que a reclamada não poderia deixar de estar consciente, esta não cuidou de prevenir o mencionado resultado, como elementarmente se lhe imporia, enquanto detentora das informações técnicas do produto e do serviço que prestava – tal como os demais fornecedores em geral – e, em especial, como agente num mercado conexo com a saúde dos cidadãos, com o natural melindre que a fragilidade em tal domínio gera aos que sofrem da sua falta e a acrescida vulnerabilidade negocial que a mesma acarreta, no caso, exacerbada pelas particulares condições do reclamante.

Não podendo o bem fornecido realizar o fim contratualmente esperado, estamos perante uma óbvia falta de conformidade, daí que é indubitável a aplicabilidade do regime definido pelo citado complexo normativo ao presente litígio.



S. R.
REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA
Governo Regional
SECRETARIA REGIONAL DE ECONOMIA
CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DA RAM
TRIBUNAL ARBITRAL

ARR

No caso, essa prova foi feita claramente, uma vez que a falta de conformidade do bem entregue ao reclamante já existia, logicamente, à data da celebração do contrato, sendo certo que, de todo o modo, a desconformidade foi logo constatada.

Perante o já exposto, também é espúria invocação que a reclamada fez da excepção da caducidade do exercício do direito do reclamante “ao arrependimento”, ou seja, do direito de resolução do contrato sem necessidade de indicar o motivo, no prazo de 14 dias, uma vez que a pretensão deduzida nesta reclamação não se funda em tal direito, como bem se vê.

Ainda que assim não fosse, a pretensão do reclamante procederia ao abrigo do disposto no art. 14º do DL 57/2008 (de 26/3), que estipula a anulabilidade dos contratos celebrados sob a influência de alguma prática comercial desleal, com os mesmos efeitos práticos da resolução contratual.

Com efeito, como resulta do anteriormente exposto, a negociação aqui posta em crise foi concluída na sequência de assédio e de informações que, sequencialmente, se revelaram falsas em concreto e foram idoneamente susceptíveis de induzir em erro e de limitar significativamente a liberdade contratual do reclamante, distorcendo de maneira substancial o comportamento negocial deste, que deve ser reputado de particularmente vulnerável em razão da sua idade, credulidade e condição socioeconómica, quadro em que a reclamada poderia, razoavelmente, ter previsto que a sua conduta era susceptível de provocar essa distorção [cf. arts. 5º, 6º/a), 7º, 12º/c) do diploma por último citado).

16

III-DECISÃO

Pelo exposto, julgando procedente a reclamação apresentada por [REDACTED] condeno a reclamada [REDACTED] a ver reconhecida a resolução do contrato entre ambos celebrado, com efeito retroactivo, devendo as partes, conseqüentemente, restituir tudo o que prestaram no âmbito do contrato resolvido.

Sem custas.

Notifique.

Funchal, 19/12/22
REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA
Governo Regional
Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da RAM
Alexandre Reis

