

Editorial

“The Long and Winding Road”: da Proposta de Directiva relativa aos direitos dos consumidores de 2008 à Directiva 2019/771 de 20 de Maio de 2019 relativa a certos aspectos dos contratos de compra e venda de bens (passando pela Proposta alterada de 2017)

Editorial

“The Long and Winding Road”: from the Proposal for a Directive on consumer rights of 2008 to the Directive 2019/771 of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods (passing through the Amended Proposal for a Directive of 2017)

Maria Raquel Guimarães

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Investigadora do CIJE

Rua dos Bragas, 223, 4050-123 Porto, Portugal

rguimaraes@direito.up.pt

<https://orcid.org/0000-0002-4090-7972>

Fevereiro de 2020

A *Directiva 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, que altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Directiva 2009/22/CE e que revoga a Directiva 1999/44/CE*, com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2022, deverá ser transposta pelos Estados-Membros até 1 de Julho de 2021 e, em Portugal, pôr fim ao regime introduzido pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, relativo às garantias na venda de bens de consumo.

Na sua origem esteve a *Proposta de Directiva relativa a certos aspectos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens*, de 9 de Dezembro de 2015 [COM(2015) 635 final, Bruxelas, 9.12.2015], alterada, em Outubro de 2017, no sentido de alargar o seu âmbito de aplicação a todos os contratos de compra e venda, ainda que celebrados presencialmente [COM(2017) 637 final, Bruxelas, 31.10.2017].

Esta *Proposta* de 2015 propunha-se introduzir “*as regras sobre a conformidade dos bens, os meios de compensação em caso de não conformidade e as modalidades para o exercício dos mesmos*”, aplicáveis aos “*contratos de compra e venda à distância*”, e estabelecer, no caso do direito português, um *regime especial* relativamente ao regime da compra e venda de consumo, este já especial em face das regras gerais da compra e venda de coisa defeituosa do Código Civil. Com a alteração introduzida em 2017 deixou de se perspectivar, em simultâneo, no direito interno, um regime geral de compra e venda de coisa defeituosa, um regime especial de garantia nas compras e vendas de consumo e um regime *especialíssimo* aplicável às compras e vendas de consumo celebradas à distância. Com a transposição da nova directiva teremos, sim, a manter-se o disposto no Código Civil em matéria de compra e venda de coisa defeituosa, *um novo regime especial aplicável aos contratos de compra e venda de bens de consumo*, celebrados à distância ou presencialmente, uniformizado dentro da União Europeia e, portanto, diferente em vários aspectos daquele que hoje vigora entre nós, com um impacto muito significativo no direito dos contratos dos países membros.

Esta não foi a primeira tentativa encetada pelo legislador europeu de revogação e de harmonização plena do regime da “venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas”. A 8 de Fevereiro de 2008 foi apresentada uma *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos consumidores* que previa a revogação das Directivas 1985/577/CEE, 1993/13/CEE, 1997/7/CE e 1999/44/CE, e a sua substituição por um texto único, consolidado, abrangendo diferentes aspectos da tutela dos consumidores na União Europeia [COM(2008) 614 final, Bruxelas, 8.10.2008]. Previa esta *Proposta*, nos diversos domínios em que tocava, a “*harmonização total*” dos diferentes direitos nacionais em face do regime instituído (art. 4º), em vez da “*harmonização mínima*” que as diversas directivas parcelares impuseram e que conduziu, na perspectiva do Parlamento Europeu e do Conselho, a um regime fragmentado, desequilibrado e até contraditório nos diferentes países da União Europeia.

A *Proposta de Directiva relativa aos direitos dos consumidores* de 2008 foi, no entanto, objecto de inúmeras críticas por parte da doutrina e sujeita a alterações importantes. A extensão da revisão dos direitos dos consumidores inicialmente pensada pelo legislador europeu acabou por não merecer o acolhimento da Directiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, resultante deste processo legislativo. Optaram, à época, as instituições europeias, por manter nomeadamente o regime das garantias na compra e venda de bens de consumo e revogar apenas os diplomas relativos aos contratos à distância e aos contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais. Assim, no que respeita ao direito interno, com a transposição da directiva de 2011 pelo Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, apenas foi revogado o Decreto-Lei n.º 143/2001, mantendo-se, com pequenas alterações, os regimes instituídos pelo Decreto-Lei n.º 446/85 e pelo Decreto-Lei n.º 67/2003.

Quase dez anos volvidos sobre a *Proposta* de 2008, o legislador europeu voltou a equacionar a alteração da matéria das garantias nas compras e vendas e consumo, precisamente com o pretexto de alargar aos contratos de compra e venda presenciais a proposta que fez em 2015 para os contratos à distância. Note-se que a *Proposta* de 2015 também ela foi o desenlace de um processo legislativo longo e muito discutido, que viu surgir a 11 de Outubro de 2011 uma *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda* (CESL) [COM(2011) 635 final, Bruxelas, 11.10.2011] que, curiosamente, arrolava nos seus “considerandos” muitas das preocupações manifestadas na *Proposta de Directiva relativa aos direitos dos consumidores* de 2008. Abandonada a proposta da CESL de 2011, depois de intenso debate doutrinal, foram precisamente a *Proposta de Directiva relativa a certos aspectos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens* e a *Proposta de Directiva sobre certos aspectos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais*, de 9 de Dezembro de 2015, que a vieram substituir, tendo a primeira sido então alterada em 2017 conforme assinalámos.

A convicção de que as disparidades observadas nos diferentes regimes jurídicos dos Estados Membros da União constituem um obstáculo maior ao funcionamento do mercado transfronteiriço europeu tem sido afirmada invariavelmente, de forma expressa, nas “Exposições de motivos” que antecedem as diferentes propostas legislativas que têm sido apresentadas e, posteriormente, nos “considerandos” que introduzem as directivas em matéria de contratos de consumo. O encadeamento de ideias que nos é apresentado pelo legislador europeu não se encontra demasiado distante de um raciocínio silogístico em que o grande objectivo da promoção de um mercado único europeu e os entraves à prossecução desse objectivo resultantes das disparidades das regras nacionais em matéria de direito dos contratos configuram as premissas de que se parte, permitindo concluir que com a harmonização do direito contratual serão eliminados os obstáculos derivados da fragmentação das normas e será possível o desenvolvimento do mercado interior.

Pensamos, porém, que o pressuposto empírico que tem vindo a sustentar a intervenção da União Europeia em matéria de contratos celebrados com consumidores, concretamente, a relação existente entre a diversidade dos direitos internos e a (não) celebração de contratos intracomunitários e, portanto, o entorpecimento do mercado único europeu, se encontra longe de estar devidamente comprovado, como já tivemos a oportunidade de escrever noutros locais.

Afirmava-se na *Proposta alterada de Directiva* de 2017 que o “papel desempenhado pelas diferentes legislações nacionais em matéria de contratos como um dos principais obstáculos às vendas transfronteiras, salientado na avaliação de impacto que acompanhou a proposta original, é confirmado por estes novos dados: dois dos quatro mais importantes obstáculos ao comércio transfronteiras que enfrentam os retalhistas que atualmente efetuam vendas em linha dizem respeito a diferenças no direito nacional dos contratos (38,1 %) e a diferenças entre as regras nacionais de proteção dos consumidores (37,4%). Tais preocupações estão patentes nos níveis persistentemente baixos do comércio eletrónico transfronteiras realizado pelos retalhistas” (p. 4).

Parece-nos, contudo, que os dados em que se baseava a proposta são apresentados apenas de uma forma fragmentada, não permitindo perceber o real impacto da diversidade das soluções do direito dos contratos de cada país na decisão de contratar com consumidores de outros Estados Membros. De acordo com o estudo invocado [*Retailers’ attitudes towards cross-border trade and consumer protection 2016, Final Report, TNS opinion, 2017*], o risco de fraude nos pagamentos ou de não pagamento nas vendas “transfronteiras” é apontado por 39,7% dos inquiridos como um obstáculo importante às vendas para outros países comunitários, logo seguido das diferenças ao nível do direito fiscal, nomeadamente no que toca aos regimes de IVA (39,6%). São estes os factores que preocupam uma maior percentagem de comerciantes no momento de decidir alargar o seu negócio a outros países dentro da União Europeia. Os custos dos transportes em virtude da distância entre as partes são indicados por 37,2% dos comerciantes e os custos da resolução de conflitos transfronteiriços são considerados importantes para 36,2% dos inquiridos. Com variações que vão de 34,6% a 26%, são elencados como obstáculos importantes os custos de entrega e dos serviços pós-venda transfronteiriços, as restrições de venda impostas por fabricantes ou fornecedores e os custos decorrentes de diferenças linguísticas. Neste contexto, não se pode afirmar que sobressaia a diversidade dos regimes contratuais e de protecção dos consumidores como um factor dissuasor da contratação com consumidores de outros países. Por outro lado, faltou acrescentar que 44,1% dos comerciantes inquiridos considerou que as diferenças verificadas no direito nacional dos contratos de cada país não eram um obstáculo importante no momento de contratar *on-line*, enquanto 44,9% afirmou não serem importantes as variações ao nível da protecção dos consumidores.

O legislador europeu utilizou os números de uma forma selectiva, desconsiderando outros problemas, sobretudo de ordem prática, que continuarão a obstaculizar o comércio electrónico transfronteiriço, diabolizando a diversidade dos direitos nacionais dos contratos

com o propósito de os uniformizar. Com a criação de um regime jurídico único de garantias na compra e venda de bens de consumo não se esbaterão os custos de entrega, de assistência pós-venda, de resolução de conflitos, gerados pela distância, nem as barreiras linguísticas e muito menos o receio de não cobrança ou as dificuldades decorrentes dos regimes fiscais. Diríamos que a importância muito similar que é atribuída a cada um dos entraves identificados conduz a que a eliminação de um deles não tenha grande impacto na decisão de contratar (ou não contratar) com consumidores de outros países europeus.

Como pode também ler-se na *Proposta alterada* de 2017, relativamente à posição dos consumidores, "(a)pesar de, desde a adoção da proposta pela Comissão, a confiança dos consumidores nas compras transfronteiras em linha — que representam a maior parte do comércio transfronteiras de bens de consumo — ter aumentado, essa é ainda menor do que a confiança nas compras no mercado doméstico. Uma das principais preocupações dos consumidores em relação ao comércio eletrónico transfronteiras é a incerteza quanto aos seus principais direitos contratuais" (p. 4).

O legislador europeu sustenta esta última afirmação no *Inquérito aos consumidores identificando os principais obstáculos transfronteiriços ao mercado único digital e onde estes são mais importantes*, realizado em 2015 pela GfK em nome da Comissão Europeia, ainda que sem referência aos resultados concretos alcançados por este inquérito. No entanto, o que resulta do estudo referido é que as principais preocupações demonstradas pelos consumidores relativamente às operações transfronteiriças são os altos custos de entrega (27%) e de devolução (24%) dos bens, bem como a demora na sua entrega (23%). O desconhecimento dos direitos do consumidor aplicáveis em virtude de contratar com um vendedor de outro país da União surge em décimo segundo lugar, como uma preocupação de 11% dos consumidores inquiridos, depois dos problemas de utilização indevida de dados pessoais, interceptação dos dados dos cartões de pagamento, não entrega da coisa comprada, entrega de coisas danificadas, entre outros.

O *Inquérito* conclui, comparando as dificuldades apontadas pelos consumidores nas compras realizadas *on-line* dentro do seu país e noutro país da União Europeia, que enquanto os entraves nas compras domésticas derivam essencialmente de questões de segurança e relativas a pagamentos, nas compras transfronteiriças prendem-se mais com as condições de entrega, uma vez que a distância tem aqui um papel de maior importância. Já as preocupações com os direitos dos consumidores e com a resolução de conflitos surgem no mesmo patamar nos contratos nacionais e internacionais.

Não conseguimos compreender, em face destes dados, como é que o legislador europeu pode afirmar textualmente na *Proposta alterada de Directiva*, citando o estudo referido, que "*uma das principais preocupações [do consumidor nas compras on-line a comerciantes de outros países da União Europeia] é a incerteza quanto aos seus principais direitos contratuais*".

No que toca aos contratos presenciais, a *Proposta* de 2015 começou por desvalorizar o impacto da manutenção do regime vigente e da convivência de soluções distintas de garantia de bens de consumo, consoante as partes contratassem face-a-face ou à distância. Afirmava-se em 2015 que “(a)s empresas que, atualmente, vendem em linha e presencialmente não serão confrontadas, na prática, com custos adicionais devido a diferentes regimes, uma vez que a fragmentação entre as regras relativas a vendas em linha e presenciais de bens não será suscetível de ocorrer ou, provavelmente, não teria um impacto significativo. Se tais custos ocorressem seriam reduzidos e apenas durante um curto período de transição. De acordo com os representantes das empresas de retalho, as empresas omnicanal poderiam efetivamente fazer face a eventuais diferenças de transição entre regimes em linha e presenciais de bens através da aplicação das respetivas normas mais rigorosas à totalidade das suas vendas e, por conseguinte, funcionando ao abrigo de um único modelo empresarial” (pp. 13-14).

O Parlamento Europeu e o Conselho reavaliaram, porém, os inconvenientes da manutenção de dois regimes distintos de garantia nas compras e vendas de consumo e passaram a afirmar na *Proposta alterada* de 2017 que “(...) a presente proposta alterada evita os impactos negativos sobre os operadores que vendem no mercado doméstico os seus bens tanto à distância como de forma presencial, que decorreriam da aplicação de diferentes regimes nacionais de direito dos contratos a diferentes canais de distribuição” (p. 5). Note-se, porém, que os eventuais problemas decorrentes da desigualdade de regimes aplicáveis aos contratos presenciais e *on-line* foram suscitados precisamente pelas alterações propostas às regras dos contratos à distância. As regras actualmente vigentes em matéria de garantias nas vendas de bens de consumo presenciais e à distância são uniformes e decorrem da transposição da Directiva 1999/44/CE. Mudaram-se as regras europeias aplicáveis aos contratos presenciais porque se propôs mudar as regras aplicáveis aos contratos à distância. Esboçou-se a criação de um problema — “problema” traduzido na existência de regras distintas para os contratos celebrados à distância —, para depois o poder solucionar com medidas que no decurso dos processos legislativos de 2008 e de 2011 não geraram consenso e não foram transformadas em lei. Não conseguindo uniformizar o regime dos contratos de consumo, em particular das compras e vendas, para toda a Europa — com a proposta de um “mini código de consumo” em 2008 e com a proposta de um “regime opcional”, adicional, de compra e venda, em 2011 —, o legislador europeu limitou-se a padronizar as regras das compras e vendas celebradas à distância, para em 2017 propor a uniformização também das garantias nas compras e vendas presenciais para estas não “destoarem” relativamente às regras dos contratos à distância.

Ainda assim, em Portugal, se o legislador nacional adoptar a sua postura *tradicional* nestas matérias, na linha da “solução pequena” — como foi designada por Paulo Mota Pinto — que adoptou em 2003, manter-se-á a dualidade de regimes aplicáveis às relações de consumo (B2C), por um lado, e às relações entre profissionais (B2B) ou entre consumidores (C2C), por outro, sendo numa boa parte dos casos imperceptível para os vendedores, no momento

da celebração do contrato, se a contraparte actua na sua “veste” de profissional ou de consumidor.

Em face do regime aprovado pela Directiva 2019/771 não conseguimos afirmar que este irá significar um progresso importante para o direito dos contratos português nem sequer um marco relevante na protecção dos consumidores europeus e, ainda menos, dos consumidores nacionais. Resta a uniformização dos diferentes regimes dos Estados Membros como uma vantagem em si mesma, independentemente da bondade das soluções concretas adoptadas, e que, sendo uma opção política perfeitamente legítima, o legislador europeu tem tido dificuldade em assumir, não resistindo a invocar objectivos de uma maior protecção do consumidor e de vantagens significativas para os vendedores, nomeadamente em termos de custos — objectivos que, em simultâneo, não são facilmente conciliáveis — sustentados com base em dados empíricos nem sempre claros e devidamente contextualizados.