

**Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços
Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no
Direito Português**

**Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – The
Impact of Directives 2019/771 and 2019/770 on Portuguese Law**

Jorge Morais Carvalho

Professor da Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa. Investigador do CEDIS –
Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade. Diretor do NOVA
Consumer Lab

Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa

jorgemoraiscarvalho@fd.unl.pt

<https://orcid.org/0000-0003-3592-3991>

Setembro de 2019

RESUMO: A Diretiva 2019/770, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, e a Diretiva 2019/771, relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens, publicadas no Jornal Oficial da União Europeia em maio de 2019, constituem um marco muito relevante no direito europeu dos contratos de consumo. Procede-se neste texto a uma análise de alguns dos principais problemas ligados a estes dois diplomas, realçando vias possíveis de transposição para a ordem jurídica interna e assinalando aspetos em que o direito português terá de ser alterado, em alguns casos diminuindo o nível de proteção do consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Consumidor; Compra e venda; Conteúdos digitais; Serviços digitais; Conformidade; Diretiva 2019/770; Diretiva 2019/771.

ABSTRACT: Directive 2019/770 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services and Directive 2019/771 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, published in the Official Journal of the European Union in May 2019, represent a very important milestone in European consumer contract law. Throughout this text, an analysis is carried out of some of the main challenges linked to these two legal instruments are analysed, highlighting possible ways of implementing them into national law and pointing out aspects where Portuguese law will have to be modified, in some cases by reducing the level of consumer protection.

KEY WORDS: Consumer; Sales contract; Digital content; Digital services; Conformity; Directive 2019/770; Directive 2019/771.

SUMÁRIO:

1. Introdução
 2. Nível de harmonização
 3. Âmbito de aplicação
 - 3.1. Âmbito de aplicação subjetivo
 - 3.2. Âmbito de aplicação objetivo
 4. Critérios de conformidade
 5. Responsabilidade do profissional e prazos
 6. Direitos em caso de falta de conformidade
 7. Conclusão
- Bibliografia
- Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

1. Introdução

No dia 22 de maio de 2019, foram publicadas no Jornal Oficial da União Europeia 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, e a 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 altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE e que revoga a Diretiva 1999/44/CE.

Trata-se da principal inovação no direito europeu dos contratos, em especial de consumo, pelo menos nas duas últimas décadas.

As duas diretivas são complementares¹, não coincidindo em nenhum caso, como se verá, o seu âmbito objetivo de aplicação.

As matérias tratadas são, no essencial, as mesmas: conformidade dos bens ou conteúdos ou serviços digitais com o contrato; meios de ressarcimento (direitos) em caso de falta de conformidade; modalidades para o exercício desses meios de ressarcimento.

Note-se que a Diretiva 2019/771 complementa a Diretiva 2011/83/EU², em especial no que respeita às normas que, nesta, regulam os contratos de consumo em geral (requisitos de informação, entrega, transferência do risco), dando-se, assim, mais um passo para um direito harmonizado da compra e venda a nível europeu. Aos contratos abrangidos pela Diretiva 2019/770 também se aplicam, em regra, os requisitos de informação previstos na Diretiva 2011/83/UE.

Por as normas da Diretiva 2011/83/UE que regulam a entrega não se aplicarem a contratos que não tenham por objeto bens, a Diretiva 2019/770 aborda uma matéria que não consta da Diretiva 2019/771. Trata-se do fornecimento do conteúdo ou serviço digital, ou seja, o equivalente à “entrega” do objeto do contrato. Os Estados-Membros são livres no que respeita à questão da natureza jurídica dos contratos de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais³, mas têm agora de definir um regime uniforme de cumprimento (“fornecimento”) da obrigação⁴.

Outra matéria que consta apenas da Diretiva 2019/770 é a das alterações ao contrato no caso de se tratar de um contrato de execução duradoura (art.º 19.º).

Em sentido contrário, apenas a Diretiva 2019/771 trata da matéria das garantias comerciais (art.º 17.º).

¹ Considerandos 13 da Diretiva 2019/771 e 20 da Diretiva 2019/770.

² Considerando 11.

³ Considerando 12 da Diretiva 2019/770. Defendendo a necessidade de uma nova categoria de bens digitais, v. JOSÉ ANTONIO CASTILLO PARRILLA, *Bienes Digitales: Una Necesidad Europea*, Dykinson, 2018, p. 259.

⁴ KARIN SEIN E GERALD SPINDLER, “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply”, *in European Review of Contract Law*, vol. 15, n.º 3, 2019, pp. 276 e ss..

As diretivas têm de ser transpostas para as ordens jurídicas nacionais até ao dia 1 de julho de 2021, devendo definir como data de início da vigência das normas de transposição o dia 1 de janeiro de 2022. Prevê-se, assim, um período mínimo de *vacatio legis* de seis meses.

No que respeita à aplicação no tempo, as normas de transposição da Diretiva 2019/771 devem aplicar-se apenas aos contratos celebrados após o início da vigência do diploma em causa⁵. Já as da Diretiva 2019/770 devem aplicar-se “a contratos por tempo indeterminado ou a termo certo celebrados antes da data de aplicação, e que disponham o fornecimento de conteúdos ou serviços digitais durante um determinado período, quer continuamente, quer através de uma série de atos individuais de fornecimento, mas apenas no que diz respeito aos conteúdos ou serviços digitais que sejam fornecidos a partir da data de aplicação das disposições nacionais de transposição”, com exceção das normas relativas à alteração dos conteúdos ou serviços digitais e ao direito de regresso, que apenas se devem aplicar aos contratos celebrados após o início da vigência do diploma⁶.

2. Nível de harmonização

As diretivas são de harmonização máxima. É o resulta do art.º 4.º de cada uma das Diretivas, ressalvando-se, no entanto, “disposição em contrário” constante dos próprios diplomas.

Provavelmente por se tratar de matéria que se encontrava anteriormente abrangida por uma diretiva de harmonização mínima (Diretiva 1999/44/CE⁷), a Diretiva 2019/771 confere maior liberdade aos Estados-Membros do que a Diretiva 2019/770.

Ambas as diretivas se aplicam, naturalmente, dentro do respetivo âmbito de aplicação, subjetivo e objetivo, abrangendo a harmonização máxima precisamente esse âmbito. Assim, os Estados-Membros não podem restringir o âmbito de aplicação dos diplomas. Podem, no entanto, alargar livremente o âmbito de aplicação dos regimes materiais em causa⁸.

No quadro seguinte, são elencados os aspetos em que cada uma das diretivas concede aos Estados-Membros liberdade na transposição para a ordem jurídica nacional⁹.

Diretiva 2019/771	Diretiva 2019/770
Legalidade dos bens, as indemnizações e os aspetos gerais do direito dos contratos, como a formação, a validade, a nulidade ou os efeitos dos contratos; consequências da rescisão do contrato e a certos aspetos relativos à reparação e substituição que não	Formação, validade, nulidade, legalidade do objeto e efeitos dos contratos (12); direito a indemnização por incumprimento ou desconformidade (73); efeitos da resolução (art.º 3.º-10)

⁵ Considerando 66.

⁶ Considerando 83.

⁷ Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

⁸ Considerandos 21 da Diretiva 2019/771 e 16 da Diretiva 2019/770.

⁹ Os números constantes da tabela correspondem, salvo indicação em contrário, a considerandos das Diretivas.

Diretiva 2019/771	Diretiva 2019/770
<p>são regulados na presente diretiva (18); lugar do cumprimento das obrigações do devedor (56); indemnização (61) – art.º 3.º-6</p> <p>Regular as consequências da resolução além das nela previstas, tais como as consequências da diminuição do valor dos bens ou da sua destruição ou perda; regular as modalidades de reembolso do preço ao consumidor, nomeadamente prever certos prazos para o reembolso do preço ou para a devolução dos bens (60) – art.º 16.º-3</p>	
-	Natureza jurídica dos contratos de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais (12)
Responsabilidade por vícios ocultos (18) – art.º 3.º-7	Manutenção de regras gerais relativas a responsabilidade por vícios ocultos (12)
Vias de ressarcimento não contratuais por responsabilidade de pessoas em estádios anteriores da cadeia contratual (18; v. também 63, parte final)	Vias de ressarcimento não contratuais por responsabilidade de pessoas em estádios anteriores da cadeia contratual (12)
Prever o direito de o consumidor rejeitar os bens com defeito e denunciar o contrato, ou de solicitar a substituição imediata, num prazo certo de curta duração após a entrega dos bens, que não deverá exceder 30 dias (19) – art.º 3.º-7	-
Regular os deveres de informação do vendedor relativamente à celebração do contrato ou o dever do vendedor de advertir o consumidor, designadamente, quanto a certas características dos bens, a adequação dos materiais fornecidos pelo consumidor ou eventuais desvantagens resultantes de pedidos específicos do consumidor (20)	-
-	Ações de responsabilidade instauradas por um consumidor contra um terceiro (13)
-	Consequências em caso de força maior (14)
Exceção de não cumprimento (18). Na verdade, apenas as condições e modalidades para o exercício do direito (art.º 13.º-6)	Direito de reter o pagamento do preço ou qualquer reembolso devido ao consumidor (15)
Regular a questão de saber se e em que medida o facto de o consumidor contribuir para a falta de conformidade afeta o seu direito a meios de ressarcimento (art.º 13.º-7)	-
Aplicar a diretiva a contratos excluídos do seu âmbito de aplicação (21), incluindo em caso de uso misto (22) e a operadores de plataformas que não sejam	Aplicar a diretiva a contratos excluídos do seu âmbito de aplicação (16), incluindo em caso de uso misto (17) e a operadores de plataformas que não sejam

Diretiva 2019/771	Diretiva 2019/770
parceiros contratuais diretos do consumidor (23). Aplicação a imóveis (12).	parceiros contratuais diretos do consumidor (18)
-	Aplicar a diretiva (i) às situações em que o profissional recolhe dados pessoais exclusivamente para fornecer conteúdos ou serviços digitais, ou unicamente para efeitos de cumprimento dos requisitos legais e (ii) a situações em que o consumidor, sem ter celebrado qualquer contrato com o profissional, esteja exposto a anúncios com o intuito exclusivo de aceder a conteúdos ou serviços digitais (25)
Excluir os contratos relativos a bens em segunda mão vendidos em hasta pública e/ou a animais vivos (art.º 3.º-5)	-
Contrato misto: EM pode decidir se se aplica a diretiva à totalidade do contrato (17)	-
Regular o significado de entrega (38)	-
-	Contratos celebrados em pacote, complementares ou acessórios (34). Art.º 3.º-6
-	Consequências para o contrato no caso de retirada do consentimento para o tratamento de dados pessoais (40)
-	Requisitos estabelecidos num acordo a nível de serviço (42)
Fixar prazos mais longos para a responsabilidade do vendedor (41); Prever que o vendedor seja responsável por uma falta de conformidade que se manifeste durante um determinado período, possivelmente em conjunto com um prazo de prescrição, ou que os meios de ressarcimento do consumidor sejam apenas sujeitos a um prazo de prescrição (42) V. art.º 10.º.	“os Estados-Membros deverão assegurar que o profissional é responsável por um mínimo de dois anos a contar da data do fornecimento caso o respetivo direito nacional estabeleça que o profissional é apenas responsável por faltas de conformidade que se manifestem num determinado período após o fornecimento” (56). Art.º 11.º-2 (com pequenas diferenças, parecendo dar mais liberdade). Prazos de prescrição (58). Art.º 11.º-2 e 3.
Permitir que as partes cheguem a acordo relativamente a um período de responsabilidade ou a um prazo de prescrição mais reduzido para bens em segunda mão, o qual não pode ser inferior a um ano (43) – art.º 10.º-6	-
Prever a suspensão ou interrupção do período de responsabilidade ou do prazo de prescrição (44)	-
Fixar a presunção de anterioridade em dois anos (45)	-

Diretiva 2019/771	Diretiva 2019/770
- art.º 11.º-2	
Manter ou introduzir um prazo de denúncia (de, pelo menos, dois meses) – 46 – art.º 12.º	-
Regular as condições em que as funções do devedor podem ser desempenhadas por outra pessoa (consumidor ou terceiro) – 54	-
Definir prazo fixo para a reparação ou substituição, desde que este seja razoável (55)	-
Livres de estabelecer regras sobre outros aspetos das garantias comerciais não abrangidos pela presente diretiva, nomeadamente que as garantias comerciais sejam fornecidas a título gratuito (62) – art.º 17.º-4	-
Estabelecer as disposições para o exercício desse direito, nomeadamente a quem e o modo como esses meios de ressarcimento deverão ser exigidos, bem como se possuem caráter obrigatório (63) – art.º 18.º	Identificar os sujeitos da cadeia contratual contra quem o profissional final poderá atuar e as modalidades e condições de tal atuação – direito de regresso (78). Art.º 20.º.
Direitos de terceiros – EM podem determinar a nulidade ou possibilidade a resolução de contrato, em alternativa à aplicação do regime (35) – art.º 9.º	Direitos de terceiros – EM podem determinar a nulidade ou possibilidade a resolução de contrato (em alternativa à aplicação do regime) (54) – art. 10.º
Modo como é feita a referência na publicação oficial (art.º 24.º-1)	Modo como é feita a referência na publicação oficial (art.º 24.º-1)

3. Âmbito de aplicação

3.1. Âmbito de aplicação subjetivo

No que respeita ao âmbito de aplicação subjetivo, os regimes visam proteger o consumidor, entendido como “uma pessoa singular que (...) atue com fins que não se incluam no âmbito da atividade comercial, empresarial, artesanal ou profissional” [arts. 2.º-2) da Diretiva 2019/771 e 2.º-6) da Diretiva 2019/770].

Os Estados-Membros podem alargar a proteção conferida por estes regimes a outras pessoas que não sejam aqui qualificadas como consumidores. Tal pode ser feito por três vias: (i) alargamento do conceito de consumidor, nomeadamente abrangendo também pessoas coletivas e/ou pessoas que atuem com fins profissionais; (ii) aplicação genérica do(s) regime(s) independentemente da natureza do adquirente de bens ou conteúdos ou serviços

digitais; (iii) alargamento da proteção a outra categoria de pessoas, como, por exemplo, as microempresas¹⁰. Esta é uma decisão que cabe a cada um dos Estados-Membros.

Julgamos que, no direito português, se justifica a manutenção de um conceito de consumidor relativamente restrito, que inclua apenas aqueles que destinem os bens ou serviços a um uso não profissional [arts. 2.º-1 da LDC¹¹ e 1.º-B-a) do DL 67/2003¹²].

No caso de uso misto do bem ou do conteúdo ou serviço digital, importa assinalar uma mudança relevante de orientação do direito europeu, que restringe o âmbito da harmonização máxima, por via de uma restrição do conceito de consumidor.

Assim, no Direito da União Europeia, a questão colocava-se, até à adoção das presentes diretivas, de forma diversa nos domínios da competência judiciária, por um lado, e dos regimes materiais de direito do consumo, por outro lado¹³. No primeiro caso, o conceito de consumidor tem sido interpretado restritivamente, não sendo aplicável a regra de proteção (que permite ao consumidor, em traços gerais, demandar e ser demandado no tribunal do lugar do seu domicílio), em caso de uso misto, “salvo se a utilização profissional for marginal, a ponto de apenas ter um papel despiciendo no contexto global da operação em causa, sendo irrelevante, a este respeito, o facto de o aspeto extraprofissional ser dominante”¹⁴. Nos regimes materiais de direito do consumo, podia afirmar-se até agora que o critério do uso predominante era o critério adotado a nível europeu. Por exemplo, o considerando 17 da Diretiva 2011/83/UE, relativa aos direitos dos consumidores, determina que, “no caso dos contratos com dupla finalidade, se o contrato for celebrado para fins relacionados em parte com a atividade comercial da pessoa e em parte à margem dessa atividade e se o objetivo da atividade for *tão limitado que não seja predominante* no contexto global do contrato, essa pessoa deverá ser igualmente considerada consumidor” (itálico nosso). Releva, portanto, a utilização predominante¹⁵.

Nos considerandos das diretivas em análise¹⁶, que devem ser incluídas na categoria dos regimes materiais de direito do consumo, pode ler-se, em “no caso de contratos com dupla finalidade, em que o contrato é celebrado para fins tanto parcialmente abrangidos pela atividade comercial da pessoa como parcialmente exteriores a esse âmbito e em que a finalidade comercial é de tal modo limitada que não é predominante no contexto global do contrato, os Estados-Membros deverão igualmente continuar a ser livres de determinar se, e em que condições, essa pessoa deverá ser igualmente considerada um consumidor”.

¹⁰ Nos considerandos 21 da Diretiva 2019/771 e 16 da Diretiva 2019/770 refere-se expressamente a hipótese de alargar a proteção conferida a consumidores a organizações não-governamentais, *start-ups* ou PME.

¹¹ Lei de Defesa do Consumidor – Lei n.º 24/96, de 31 de julho (retificada pela Declaração de Retificação n.º 16/96, de 13 de novembro), alterada pela Lei n.º 85/98, de 16 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, e pelas Leis n.ºs 10/2013, de 28 de janeiro, 47/2014, de 28 de julho, e 63/2019, de 16 de agosto.

¹² Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio.

¹³ JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 33 e 34.

¹⁴ Acórdão do TJUE de 20.1.2005 (*Gruber*) – n.º 39. GERAINT HOWELLS, “The Scope of European Consumer Law”, in *European Review of Contract Law*, n.º 3, 2005, p. 362, assinala que esta interpretação restritiva se circunscreve, de um ponto de vista lógico, ao domínio da competência judiciária. Esta solução é reafirmada nos Acórdãos do TJUE, de 25.1.2018 (*Schrems*) e 14.2.2019 (*Milivojević*).

¹⁵ SERGIO CÁMARA LAPUENTE, *Contratos y Protección Jurídica del Consumidor*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 68.

¹⁶ Considerandos 22 da Diretiva 2019/771 e 17 da Diretiva 2019/770.

Ora, se os Estados-Membros são “livres de determinar se, e em que condições, essa pessoa deverá ser igualmente considerada um consumidor”, isto significa que as diretivas não qualificam essa pessoa necessariamente como um consumidor, ou seja, ao contrário do que era a orientação anterior nos regimes materiais de direito do consumo, poderemos ter Estados-Membros que não considerem essa pessoa como um consumidor. Naturalmente, os Estados-Membros são livres de qualificar essa pessoa como consumidor, tal como o podem fazer em relação a pessoas coletivas ou a empresas.

Esta restrição do conceito de consumidor parece-nos criticável¹⁷, uma vez que pode gerar discrepâncias a nível europeu, prejudicando simultaneamente o mercado interno e uma proteção eficaz dos consumidores.

O conceito de profissional¹⁸, designado vendedor na Diretiva 2019/771¹⁹, não apresenta novidades significativas relativamente a anteriores diplomas europeus. Há, no entanto, uma questão interessante, abordada nos considerandos 23 da Diretiva 2019/771 e 18 da Diretiva 2019/770, que diz respeito ao papel do operador de plataforma digital, que será, naturalmente, considerado profissional se estiver a atuar “como parceiro contratual direto do consumidor”. Nos casos em que não está a atuar “como parceiro contratual direto do consumidor”, os Estados-Membros são livres de também qualificar o operador da plataforma como profissional²⁰, responsabilizando-o perante o consumidor pela falta de conformidade do bem ou conteúdo ou serviço digital.

3.2. Âmbito de aplicação objetivo

A Diretiva 2019/771 é aplicável a contratos de compra e venda (art.º 3.º-1) e a contratos “para o fornecimento de mercadorias a fabricar ou a produzir” (art.º 3.º-2). Encontram-se apenas abrangidos contratos onerosos, pelos quais “o consumidor paga ou se compromete a pagar o respetivo preço”²¹. Não é aplicável aos contratos abrangidos pela Diretiva 2019/770.

A Diretiva 2019/771 aplica-se, ainda, integralmente, aos designados “bens como elementos digitais”, incluindo-se assim no seu âmbito os “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, independentemente de os conteúdos ou serviços digitais serem fornecidos pelo vendedor ou por um terceiro” (art.º 3.º-3).

¹⁷ CAROLINE CAUFFMAN, “New EU Rules on Business-to-Consumer and Platform-to-Business Relationships”, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 26, n.º 4, 2019, p. 479, considera a solução problemática, enquanto KARIN SEIN E GERALD SPINDLER, “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply”, 2019, p. 262, defendem que pode ser confusa para os profissionais.

¹⁸ V. art.º 2.º-5) da Diretiva 2019/770.

¹⁹ Art.º 2.º-3).

²⁰ CAROLINE CAUFFMAN, “New EU Rules on Business-to-Consumer and Platform-to-Business Relationships”, p. 473; KARIN SEIN E GERALD SPINDLER, “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply”, 2019, p. 261.

²¹ Art.º 2.º-1).

A Diretiva 2019/770 aplica-se a contratos de fornecimento de conteúdos ou de serviços digitais (art.º 3.º-1). Nos termos do segundo parágrafo do mesmo preceito, para a aplicação do regime, é necessário que exista uma contrapartida, mas essa contrapartida não tem de ser em dinheiro, podendo resultar do fornecimento de dados pessoais.

Note-se que a Diretiva 2019/770 se aplica a contratos relativos a um suporte material que seja utilizado exclusivamente como meio de disponibilização de conteúdos digitais (art.º 3.º-3). É o caso, por exemplo, de um CD de músicas. Neste caso, não se aplicam as regras da Diretiva relativas ao fornecimento, sendo aplicáveis, por se tratar de um bem, as normas da Diretiva 2011/83/EU que regulam a entrega e a transferência do risco.

Como referimos atrás, os Estados-Membros podem alargar a proteção conferida por estes regimes a outros contratos. Assim, por exemplo, o regime da Diretiva 2019/771 pode ser aplicado a contratos de locação e o regime da Diretiva 2019/770 pode ser estendido a outros contratos de prestação de serviços.

É igualmente possível a adoção de um regime único de conformidade dos bens, serviços ou direitos fornecidos a consumidores, desde que esse regime único integre as especificidades constantes dos dois diplomas em análise.

Considera-se que esta seria a melhor solução para o direito português, em linha com o DL 67/2003. Poderá colocar-se a hipótese de alterar a Lei de Defesa do Consumidor, nela incluindo uma regulação completa dos contratos de consumo.

Procede-se agora a uma análise do âmbito de aplicação objetivo dos diplomas, partindo de alguns exemplos.

A) O consumidor A compra uma camisola na Zara. Ao contrato de compra e venda da camisola aplica-se a Diretiva 2019/771 [arts. 2.º-5)-a) e 3.º-1], não relevando se o contrato é celebrado presencialmente ou à distância.

B) O consumidor B compra um carro num stand, com uma aplicação de GPS instalada²². Esta situação é integralmente abrangida pela Diretiva 2019/771. Quanto ao automóvel propriamente dito, vale a análise feita em relação à camisola. Já no que respeita à aplicação de GPS, o art.º 3.º-3 da Diretiva 2019/771 estabelece que o diploma “é aplicável a conteúdos ou serviços digitais que estejam incorporados em bens”, como a aplicação de GPS instalada no carro. O carro é, portanto, qualificado como um bem com elementos digitais [v. art.º 2.º-5)-b)]. Refira-se, ainda, no mesmo sentido, que o art.º 3.º-4 da Diretiva 2019/770 estabelece que esta não é aplicável nestes casos.

C) O consumidor C compra um carro num stand, com uma aplicação de GPS instalada, comprometendo-se o vendedor a fazer atualizações de *software* durante um ano. Em comparação com a situação anterior, nesta, além do conteúdo digital (aplicação de GPS), o

²² Em geral, sobre os diferentes modelos e problemas colocados pelos automóveis ligados a um sistema de navegação, v. PIIA KALAMEES E KARIN SEIN, “Connected Consumer Goods: Who is Liable for Defects in the Ancillary Digital Service?”, in *EuCML – Journal of Consumer and Market Law*, n.º 1, 2019.

contrato inclui ainda um serviço digital (a atualização de *software*). Aplica-se também, neste caso, a Diretiva 2019/771, por se tratar de um serviço digital incorporado numa coisa.

D) O consumidor D compra um carro num stand, com uma aplicação de GPS instalada, comprometendo-se o vendedor a fazer atualizações de *software* durante três anos. A situação é idêntica à anterior, verificando-se apenas uma diferença no que respeita ao prazo dentro do qual o profissional é responsável. Esta questão será analisada mais à frente neste texto. Face a este enquadramento factual, aplica-se, ainda, a Diretiva 2019/771.

E) O consumidor E compra um carro num stand, sem aplicação de GPS instalada²³, e vai depois à Internet e adquire a última versão de uma aplicação de GPS à Tom Tom. Ao contrário do que sucede nos casos anteriores, neste temos de distinguir o contrato de compra e venda do automóvel, ao qual se aplica a Diretiva 2019/771, e o contrato de fornecimento da aplicação de GPS, que não está incorporado no automóvel e, por isso, não se encontra abrangido no âmbito desse diploma. Aplica-se ao contrato de fornecimento da aplicação de GPS a Diretiva 2019/770 [arts. 2.º-1) e 3.º-1].

F) O consumidor F adquire um ficheiro da música Happier, de Ed Sheeran, no iTunes. Neste caso, trata-se igualmente de um contrato de fornecimento de um conteúdo digital, aplicando-se a Diretiva 2019/770. A conclusão seria a mesma se o consumidor tivesse adquirido um CD, ou seja, uma coisa corpórea, com essa música. Com efeito, a Diretiva é aplicável “a qualquer suporte material utilizado exclusivamente como meio de disponibilização dos conteúdos digitais” (art.º 3º-3).

G) O consumidor G celebra um contrato com a Netflix que lhe permite aceder aos conteúdos disponibilizados por esta empresa, tendo o contrato duração indeterminada, com fidelização de um mês. O objeto deste contrato é um serviço digital, através do qual o consumidor pode aceder a dados em formato digital [art.º 2.º-2)-a)], pelo que é aplicável a Diretiva 2019/770 (art.º 3.º-1).

H) O consumidor H celebra um contrato com a empresa gestora do Financial Times, nos termos do qual esta envia todos os dias a versão digital do jornal por e-mail para o consumidor. Estamos aqui perante um conteúdo digital [art.º 2.º-1)], aplicando-se a Diretiva 2019/770 (art.º 3.º-1).

²³ Para concluir se a aplicação de GPS está ou não incluída no contrato de compra e venda é necessário analisar o conteúdo do contrato (KARIN SEIN E GERALD SPINDLER, “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply”, 2019, p. 274), constituindo um problema de interpretação das declarações das partes, nomeadamente a declaração do profissional (tendo em conta os critérios de conformidade elencados no ponto seguinte deste estudo). Este aspeto resulta de forma clara do considerando 15 da Diretiva 2019/771, podendo aplicar-se este diploma mesmo nos casos em que os conteúdos ou serviços digitais não estejam pré-instalados e tenham de ser descarregados posteriormente, fazendo parte do objeto do contrato de compra e venda. Veja-se igualmente o considerando 22 da Diretiva 2019/770: “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” (itálico nosso). Parece-nos que o critério das expectativas razoáveis do consumidor é decisivo [v. art.º 7.º-1-d) da Diretiva 2019/770].

4. Critérios de conformidade

A separação explícita dos critérios de conformidade em critérios subjetivos e objetivos é uma das principais inovações no que respeita à avaliação da conformidade do bem com o contrato.

Não se verificam alterações muito significativas nos critérios propriamente ditos, embora ambas as diretivas acrescentem requisitos de funcionalidade, compatibilidade e interoperabilidade para conteúdos e serviços digitais e para bens com elementos digitais.

Resulta claramente das novas diretivas que os vícios de direito estão incluídos no conceito de falta de conformidade²⁴. Os arts. 9.º da Diretiva 2019/771 e 10.º da Diretiva 2019/770 estabelecem que, quando uma restrição resultante da violação de um direito de um terceiro (direitos de propriedade intelectual, entre outros direitos) impede ou limita a utilização dos bens, conteúdos digitais ou serviços digitais de acordo com os requisitos de conformidade, o consumidor tem direito aos meios de ressarcimento resultantes da falta de conformidade. Os Estados-Membros têm, no entanto, a opção de prever, em alternativa, a nulidade ou a resolução do contrato nesses casos.

O profissional deve entregar bens (ou fornecer conteúdos digitais ou serviços digitais) ao consumidor que cumpram os requisitos de conformidade²⁵. A conformidade é considerada um dos conceitos fundamentais do direito dos contratos moderno²⁶.

A conformidade é sempre avaliada pela operação que consiste em comparar a prestação estipulada (explícita ou implicitamente²⁷) no contrato²⁸ e a prestação efetuada²⁹. Essencial, neste ponto, é estabelecer, por um lado, os critérios de determinação da prestação que foi

²⁴ Em Portugal, esta questão é objeto de discussão face ao DL 67/2003. Considerando que o regime da venda de bens de consumo já inclui no conceito de conformidade os vícios de direito, v. MÁRIO TENREIRO, "La Proposition de Directive sur la Vente et les Garanties des Biens de Consommation", in *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, n.º 3, 1996, p. 197; PAULO MOTA PINTO, "Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo - A Directiva 1999/44/CE e o Direito Português", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, p. 234; LUÍS MENEZES LEITÃO, "O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo", in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. II, 2005, p. 45; JOÃO CURA MARIANO, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 246; JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2019, p. 278. Contra: GIORGIO CIAN, "Presentazione del Convegno" in *L'Attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa*, CEDAM, Padova, 2002, p. 10; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 80; RUI PAULO DE MASCARENHAS ATAÍDE, "Direitos e Garantias do Comprador. Meios de Tutela" in *Estudos de Direito do Consumo*, vol. V, 2017, p. 157.

²⁵ Arts. 5.º da Diretiva 2019/771 e 6.º da Diretiva 2019/770.

²⁶ REINER SCHULZE, "Supply of Digital Content - A New Challenge for European Contract Law", in *European Contract Law and the Digital Single Market - The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, p. 134.

²⁷ XAVIER O'CALLAGHAN, O'Callaghan, Xavier, "Nuevo Concepto de la Compraventa cuando el Comprador es Consumidor", in *Revista de Derecho Privado*, 2005, p. 33.

²⁸ THIERRY BOURGOIGNIE, "À la Recherche d'un Fait Générateur de Responsabilité Unique et Autonomie dans les Rapports de Consommation: Le Défaut de Conformité à l'Attente Légitime du Consommateur", in *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order - Recht und Diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung - Liber Amicorum Norbert Reich*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, p. 239.

²⁹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 159: "conformidade é uma relação deontológica entre duas entidades, a relação que se estabelece entre algo como é e algo como deve ser"; "se o objecto na execução for como deve ser, há conformidade; se o objecto na execução não for como deve ser, há falta de conformidade ou desconformidade". JOSÉ LEBRE DE FREITAS, "O Ónus da Denúncia do Defeito da Empreitada no Artigo 1225.º do Código Civil. O Facto e o Direito na Interpretação dos Documentos", in *O Direito*, Ano 131.º, I-II, 1999, p. 237: "desconformidade [...] pode referir-se a um padrão comum (a qualidade normal da prestação) ou à estipulação das partes (a qualidade acordada da prestação)".

acordada entre as partes e, por outro lado, saber como e em que momento ou momentos avaliar se a obrigação foi cumprida.

Os artigos 6.º e 7.º da Diretiva 2019/771 e os artigos 7.º e 8.º da Diretiva 2019/770 incluem critérios que visam determinar os elementos que fazem parte do contrato. Em vez de caracterizar o que está ou não em conformidade com o contrato, o objetivo destas regras é especificar o que está incluído no contrato e depois, no momento do cumprimento, avaliar se os bens, conteúdos digitais ou serviços digitais fornecidos correspondem aos bens, conteúdos digitais ou serviços digitais acordados.

A distinção entre requisitos subjetivos e objetivos refere-se ao facto de existirem elementos que resultam diretamente da relação entre o consumidor e o profissional (subjetivos) e elementos que só indiretamente fazem parte do contrato, porque são razoavelmente esperados pelo consumidor (objetivo).

Neste sentido, se uma amostra ou modelo dos bens (ou versão experimental ou pré-visualização do conteúdo digital ou do serviço digital) tiver sido disponibilizado ao consumidor pelo profissional e se houver uma declaração pública feita pelo profissional, ainda estamos dentro dos requisitos subjetivos.

As diferenças neste domínio entre as duas diretivas são pouco relevantes e, por vezes, incompreensíveis.

Assim, a Diretiva 2019/771 não parece incluir qualquer “apoio ao cliente” acordado contratualmente. Esta omissão não faz sentido e o apoio ao cliente também deve ser considerado parte integrante do contrato de compra e venda se for acordado entre as partes. Pode ser um elemento importante na decisão de celebração do contrato tomada pelo consumidor.

O “tipo” de bens é apenas referido como um critério de conformidade na Diretiva 2019/771, mas também deve ser considerado como incluído no contexto dos conteúdos digitais e dos serviços digitais. O tipo de conteúdo digital ou de serviço digital é um elemento importante do contrato. Esta não é uma questão problemática, uma vez que o tipo está claramente incluído na descrição, um dos outros critérios incluídos em ambas as diretivas.

No que diz respeito à durabilidade (ou continuidade)³⁰, embora a referência expressa seja uma novidade³¹, a abordagem ao tema da obsolescência programada ainda é muito tímida. O considerando 32 da Diretiva 2019/771 refere que “assegurar uma maior durabilidade dos bens é importante para se alcançarem padrões de consumo mais sustentáveis e uma economia circular”. No entanto, é dada preferência à “legislação específica da União relativa a produtos”, sendo o regime jurídico da venda de bens de consumo apenas complementar.

Pode ler-se no mesmo considerando que “para que os bens estejam em conformidade, deverão possuir a durabilidade que é normal para bens do mesmo tipo e que o consumidor

³⁰ Arts. 7.º-1-d) da Diretiva 2019/771 e 8.º1-b) da Diretiva 2019/770.

³¹ G. HOWELLS, C. TWIGG-FLESNER E T. WILHELMSSON, *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, 2018, p. 183.

pode razoavelmente esperar dada a natureza dos bens, incluindo a eventual necessidade de manutenção razoável dos bens, como a inspeção periódica ou a mudança de filtros de um automóvel, e tendo em conta qualquer declaração pública feita por qualquer pessoa que faça parte da cadeia de transações ou em seu nome". Ora, um automóvel tem uma vida útil muito mais longa do que os dois anos que a Diretiva estabelece como regra para a responsabilidade do vendedor e não estão previstas regras que possam garantir ao consumidor a possibilidade de utilizar o automóvel após esses dois anos.

No entanto, este problema pode ser resolvido ao nível dos Estados-Membros, embora neste caso não de forma harmonizada. Em primeiro lugar, como veremos no próximo ponto, os Estados-Membros podem prever um período mais longo para a responsabilidade do profissional. Em segundo lugar, o profissional pode ser obrigado a prestar assistência pós-venda ao consumidor, mesmo que paga, durante a vida útil prevista dos bens, por exemplo, disponibilizando peças de substituição.

Os requisitos de conformidade estão incluídos no âmbito da harmonização máxima de ambas as diretivas, o que significa que os Estados-Membros não podem desviar-se das suas disposições. Assim, os Estados-Membros que, como Portugal, não preveem atualmente a exclusão da responsabilidade do profissional por declarações públicas deverão agora reduzir o nível de proteção dos consumidores³². A partir do momento em que se verificar a transposição do diploma europeu, a vinculação dos profissionais à publicidade passará a ser menor nesses Estados-Membros.

As atualizações constituem uma questão nova e importante em ambas as diretivas, que diz respeito principalmente a bens com elementos digitais, a conteúdos digitais e a serviços digitais.

Quando estiver envolvido um único ato de fornecimento (ou vários atos individuais de fornecimento), o profissional deve fazer atualizações no prazo que o consumidor possa razoavelmente esperar, tendo em conta o tipo e a finalidade dos bens e dos elementos, conteúdos ou serviços digitais, bem como as circunstâncias e a natureza do contrato³³.

Caso os conteúdos digitais ou os serviços digitais devam ser fornecidos de forma contínua durante um determinado período de tempo, o profissional deve atualizá-los durante esse período³⁴. No caso de bens com elementos digitais, este período não pode ser inferior a dois anos³⁵.

O consumidor não tem o dever de instalar atualizações, mas o incumprimento desse ónus tem consequências negativas. O profissional não é responsável pela falta de conformidade resultante da falta de atualização, desde que (i) tenha informado o consumidor da disponibilidade da atualização e das consequências da sua não instalação e (ii) a não

³² Arts. 7.º-2 da Diretiva 2019/771 e 8.º-1-b) da Diretiva 2019/770.

³³ Arts. 7.º-3-a) da Diretiva 2019/771 e 8.º-2-b) da Diretiva 2019/770.

³⁴ Arts. 7.º-3-b) da Diretiva 2019/771 e 8.º-2-a) da Diretiva 2019/770.

³⁵ Art.º 10.º-2 da Diretiva 2019/771.

instalação ou a instalação incorreta da atualização pelo consumidor não tenha sido devida a deficiências nas instruções de instalação³⁶.

A Diretiva 2019/770 estabelece que, salvo acordo em contrário das partes, os conteúdos digitais ou serviços digitais devem ser fornecidos na versão mais recente disponível no momento da celebração do contrato³⁷. Embora esta regra não esteja prevista na Diretiva 2019/771, não há razão para que não se aplique também aos contratos de compra e venda. Em primeiro lugar, deve aplicar-se aos elementos digitais dos bens com elementos digitais. Mas deve também aplicar-se aos próprios bens. Se as partes acordarem em celebrar um contrato de compra e venda de um automóvel novo do modelo X, deve ser entregue a versão mais recente desse modelo.

O consumidor está também protegido contra a instalação incorreta dos bens se a instalação fizer parte do contrato e tiver sido efetuada pelo profissional (ou pelo fornecedor de conteúdos digitais ou de serviços digitais, no caso de bens com elementos digitais) ou pelo próprio consumidor, neste caso se as instruções que lhe foram fornecidas estiverem incorretas³⁸. A *instalação* corresponde, nos contratos de fornecimento de conteúdos digitais e de serviços digitais, à *integração* no ambiente digital do consumidor.

5. Responsabilidade do profissional e prazos

O profissional é responsável perante o consumidor por qualquer desconformidade que exista no momento da entrega do bem, mas essa responsabilidade está sujeita a um prazo para a manifestação da desconformidade.

Seguindo o que já estava previsto na Diretiva 1999/44/CE (art.º 5.º-1)³⁹, este prazo é de dois anos quer na Diretiva 2019/771⁴⁰, incluindo, em regra, no que respeita a bens com elementos digitais (art.º 10.º-1), quer na Diretiva 2019/770, embora neste casos apenas se o contrato estabelecer um ato único de fornecimento ou uma série de atos individuais de fornecimento (art.º 12.º-1-primeiro parágrafo). Se as partes tiverem estabelecido um fornecimento contínuo durante um determinado período de tempo, o vendedor é responsável se a desconformidade se manifestar durante esse período (art.º 11.º-3 da Diretiva 2019/770).

³⁶ Arts. 7.º-4 da Diretiva 2019/771 e 8.º-3 da Diretiva 2019/770.

³⁷ Art.º 8.º-6.

³⁸ Arts. 8.º da Diretiva 2019/771 e 9.º da Diretiva 2019/770.

³⁹ Tal como na lei portuguesa para os bens móveis, com a designação de prazo de garantia (art.º 5.º-1).

⁴⁰ No caso de bens em segunda mão, os Estados-Membros podem prever que as partes possam acordar em cláusulas contratuais com um prazo de responsabilidade (ou de prescrição) mais curto, no mínimo de um ano (art.º 10.º-6). A jurisprudência do TJUE é aqui parcialmente alterada (caso *Ferenschild*), uma vez que o prazo de prescrição também está incluído. O acordo previsto nesta disposição deve também estar sujeito ao regime jurídico da Diretiva relativa às cláusulas abusivas.

Recorrendo novamente aos exemplos dados no ponto deste texto relativo ao âmbito de aplicação, o prazo de dois anos para a manifestação da desconformidade não seria aplicado apenas aos contratos celebrados pelos consumidores D e G.

Em relação ao consumidor G, aplica-se o art.º 11.º-3 da Diretiva 2019/770, tendo o serviço de acesso à página de ser prestado em conformidade com o contrato enquanto se mantiver vigente o contrato. A natureza deste contrato aponta para a possibilidade de o consumidor aceder à página (e aos conteúdos acordados) durante um determinado período (independentemente de ter sido ou não previamente fixada a sua duração), não relevando a conformidade em momento posterior, no qual o consumidor já não pode aceder à página.

Quanto ao consumidor D, aplica-se a segunda parte do art.º 10.º-2 da Diretiva 2019/771, sendo o profissional responsável por qualquer falta de conformidade que ocorra ou se manifeste ao longo do prazo de três anos definido no contrato. Note-se que em relação ao carro propriamente dito se aplica o prazo de dois anos para a manifestação da desconformidade. O consumidor D terá, portanto, prazos diferentes para a manifestação da desconformidade consoante a desconformidade incida sobre o carro (dois anos) ou sobre a aplicação de GPS (três anos).

Nos restantes casos, aplica-se o prazo de dois anos. O consumidor C, apesar de as atualizações de software terem sido acordadas apenas para o período de um ano, encontra-se protegido, relativamente a desconformidades na aplicação de GPS que se manifestem no prazo de dois anos (segunda parte do art.º 10.º-2 da Diretiva 2019/771). O consumidor E adquiriu a última versão da aplicação de GPS, sem convencionar atualizações, pelo que esta aplicação poderá ser utilizada, à partida, para sempre, respondendo o profissional por desconformidades que se manifestem no prazo de dois anos (art.º 11.º-2 da Diretiva 2019/770). Esta conclusão vale igualmente para a música de Ed Sheeran e para cada exemplar do Financial Times.

Ambas as Diretivas dão ampla liberdade aos Estados-Membros para regular esta matéria.

Por um lado, o prazo para a manifestação da desconformidade pode ser alargado⁴¹.

Por outro lado, pode não se prever um prazo relativo à manifestação da desconformidade, mas neste caso a norma nacional terá de estabelecer um prazo de prescrição (ou de caducidade) para o exercício dos direitos. No considerando 42 da Diretiva 2019/771 pode ler-se que “os Estados-Membros deverão ter a possibilidade de prever que o vendedor seja responsável por uma falta de conformidade que se manifeste durante um determinado período, possivelmente em conjunto com um prazo de prescrição, ou que os meios de ressarcimento do consumidor sejam apenas sujeitos a um prazo de prescrição”. Visa-se, na terminologia do considerando 56 da Diretiva 2019/770, “garantir a segurança jurídica” a profissionais e consumidores, que têm sempre de poder contar com um prazo, podendo este

⁴¹ Arts. 10.º-3 da Diretiva 2019-771 e 11.º-2-segundo parágrafo da Diretiva 2019/770. Na última norma indicada parece, até, partir-se da regra de que não está previsto este prazo.

ser ou um prazo de responsabilidade do profissional ou um prazo para o exercício dos direitos pelo consumidor. É igualmente possível o estabelecimento dos dois prazos.

O ónus da prova da falta de conformidade na venda de bens de consumo recai sobre o consumidor. Como foi salientado pelo TJUE no acórdão *Faber*, o consumidor só tem de provar a falta de conformidade e não também "a causa dessa falta de conformidade nem que a origem da mesma é imputável ao vendedor".

O ónus da prova da falta de conformidade nos contratos de fornecimento de conteúdos digitais ou de serviços digitais depende da natureza do ato de cumprimento. Se estiver em causa um ato individual de fornecimento ou uma série de atos individuais de fornecimento, o ónus da prova recai sobre o consumidor. Se as partes tiverem estabelecido um fornecimento contínuo ao longo de um período de tempo, o ónus da prova da falta de conformidade recai sobre o profissional⁴².

O prazo durante o qual o consumidor não tem de provar que a falta de conformidade já existia no momento da entrega é de um ano a contar do momento em que os bens foram entregues ou os conteúdos digitais ou serviços digitais foram fornecidos⁴³.

Permitindo que alguns Estados-Membros, como Portugal, não reduzam significativamente o nível de proteção dos consumidores, a Diretiva 2019/771 oferece a possibilidade de alargar este prazo para dois anos⁴⁴. Será, assim, possível manter o prazo de dois anos atualmente previsto no art.º 3.º-2 do DL 67/2003. A Diretiva 2019/770 não prevê esta possibilidade, pelo que o período deve ser de apenas um ano no que respeita aos conteúdos digitais e aos serviços digitais.

O estabelecimento de um ónus de denúncia por parte do consumidor é facultativo para os Estados-Membros na Diretiva 2019/771, embora, sendo imposto, o prazo para o consumidor notificar o vendedor deva ser de, pelo menos, dois meses a contar da data em que o consumidor tomou conhecimento da falta de conformidade⁴⁵. Esta possibilidade não está prevista na Diretiva 2019/770, pelo que os Estados-Membros não a vão poder utilizar nos contratos de fornecimento de conteúdos digitais ou de serviços digitais. Poderá ser uma boa oportunidade para deixar de se prever no direito português o ónus de denúncia da falta de conformidade por parte do consumidor.

6. Direitos em caso de falta de conformidade

Em caso de falta de conformidade, o consumidor tem direito a:

⁴² Art.º 12.º-3 da Diretiva 2019/770.

⁴³ Arts. 11.º-1 da Diretiva 2019/771 e 12.º-2 da Diretiva 2019/770. Este prazo não se aplica quando o contrato prevê um fornecimento contínuo durante um período de tempo – art.º 12.º-3 da Diretiva 2019/770. Considerando tratar-se da principal melhoria dos direitos dos consumidores no âmbito da venda de bens de consumo, v. CAROLINE CAUFFMAN, "New EU Rules on Business-to-Consumer and Platform-to-Business Relationships", p. 471.

⁴⁴ Art.º 11.º-2.

⁴⁵ Art.º 12.º.

- Reposição da conformidade dos bens, conteúdos digitais ou serviços digitais (através de reparação ou substituição no caso de bens);
- Redução do preço;
- Resolução do contrato.

Está prevista em ambas as diretivas uma hierarquia entre os direitos. Em regra, a primeira tentativa deve consistir em repor a conformidade dos bens (conteúdos digitais ou serviços digitais), só depois tendo o consumidor direito a uma redução proporcional do preço ou à resolução do contrato. Neste domínio, os Estados-Membros não podem divergir das disposições das diretivas. Isto significa que os Estados-Membros que atualmente não preveem uma hierarquia dos direitos⁴⁶, terão um nível inferior de proteção dos consumidores após a transposição das diretivas.

Este problema é parcialmente atenuado, no que respeita à venda de bens de consumo, pela possibilidade de os Estados-Membros preverem que os consumidores possam escolher um “meio de ressarcimento específico” no caso de a falta de conformidade dos bens se manifestar num prazo curto após a entrega, o qual não pode ser superior a 30 dias⁴⁷. Os Estados-Membros podem assim prever que o consumidor possa resolver o contrato imediatamente se a falta de conformidade se manifestar nos primeiros 30 dias após a entrega.

Em Portugal, a questão tem sido objeto de ampla discussão doutrinária e jurisprudencial, que começou, aliás, antes do DL 67/2003. A LDC, na versão originária (art.º 12.º), também não estabelecia, pelo menos expressamente, uma hierarquia entre os direitos, sendo, contudo, menos clara do que a lei atual, na medida em que não se referia expressamente a qualquer limitação na escolha de uma das soluções (impossibilidade ou abuso de direito). No sentido da existência de hierarquia entre os vários direitos, defende-se que o profissional tem mais conhecimentos sobre o bem ou serviço, devendo caber-lhe a escolha⁴⁸, que deve ser dada prevalência às opções que permitem a manutenção do negócio⁴⁹, que o art. 4.º tem uma ordem sequencial não arbitrária⁵⁰ e que deve ser feita uma interpretação em conformidade com a Diretiva, impondo-se a hierarquização como solução de bom senso⁵¹. A jurisprudência oscilou, num primeiro momento, entre as duas soluções, ora decidindo no sentido da existência de hierarquia, ora concluindo que o consumidor podia exercer qualquer um dos direitos imediatamente, com o limite do abuso do direito, sendo dominante, nos últimos anos, a jurisprudência neste último sentido, ou seja, no sentido da inexistência de hierarquia⁵². Apesar de alguns dos argumentos indicados assentarem em ideias interessantes

⁴⁶ G. HOWELLS, C. TWIGG-FLESNER E T. WILHELMSSON, *Rethinking EU Consumer Law*, 2018, p. 186.

⁴⁷ Art.º 3.º-7 da Diretiva 2019/771.

⁴⁸ PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Compra e Venda e Empreitada”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, vol. III – Direito das Obrigações, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 260 e 261.

⁴⁹ LUÍS MENEZES LEITÃO, “O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo”, p. 58.

⁵⁰ FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 117 e 118.

⁵¹ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Venda de Bens de Consumo*, 2010, p. 106.

⁵² Neste sentido, ALEXANDRE MOTA PINTO, “Venda de Bens de Consumo e Garantias – O Direito Vivido nos Tribunais”, in *I Congresso de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 199, refere que a jurisprudência

de iure constituendo, a lei atual parece clara, não só no sentido de não existir uma ordem entre os direitos⁵³, mas também no sentido de a escolha caber ao consumidor⁵⁴.

A solução agora imposta pela Diretiva 2019/771, que consiste na existência de hierarquia entre os direitos, parece ser a mais equilibrada se colocarmos em perspetiva os vários elementos da questão. Além dos argumentos já elencados, nomeadamente os princípios do *favor negotii* e da proporcionalidade, esta solução parece ser a mais sustentável do ponto de vista ambiental⁵⁵, na medida em que privilegia a reparação pelo menos em relação à resolução do contrato.

A principal diferença entre as duas diretivas resulta de a Diretiva 2019/770 não mencionar a reparação e a substituição entre as formas de tornar os conteúdos digitais ou os serviços digitais conformes com o contrato. A ideia é que os conceitos de reparação e substituição só são adequados para bens, o que é discutível.

O consumidor tem direito à reposição da conformidade dos bens, dos conteúdos digitais ou dos serviços digitais e, no caso dos bens, pode escolher entre a reparação e a substituição, sendo os limites a impossibilidade do direito ou a desproporcionalidade dos custos⁵⁶.

Na Diretiva 2019/771, os limites indicados aplicam-se igualmente à escolha entre reparação e substituição, por um lado, e redução do preço e resolução do contrato, por outro lado. Tal altera a regra resultante da jurisprudência do TJUE⁵⁷. O TJUE concluiu no processo *Weber & Putz* que o direito da União Europeia se opõe a que "uma legislação nacional confira ao vendedor o direito de recusar a substituição de um bem não conforme, único modo possível de ressarcimento, pelo facto de esta lhe impor, devido à obrigação de proceder à remoção deste bem do local onde foi instalado e de aí instalar o bem de substituição, custos desproporcionados em relação ao valor que o bem teria se fosse conforme e à importância

no sentido da hierarquização dos direitos parece "superada e hoje minoritária". Para uma lista exaustiva de jurisprudência nacional sobre a matéria, v. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2019, pp. 318 a 323.

⁵³ LUÍS MENEZES LEITÃO, "O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo", p. 58; SARA LARCHER, "Contratos Celebrados Através da Internet: Garantias dos Consumidores contra Vícios na Compra e Venda de Bens de Consumo", in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. II, 2005, p. 205; CALVÃO DA SILVA, *Venda de Bens de Consumo*, 2010, pp. 111 e 112; PAULO MOTA PINTO, "O Anteprojecto de Código do Consumidor e a Venda de Bens de Consumo", in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. III, 2006, p. 131; NUNO PINTO OLIVEIRA, *Contrato de Compra e Venda - Noções Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 320; DIOVANA BARBIERI, "The Binding of Individuals to Fundamental Consumer Rights in the Portuguese Legal System: Can/Should it be Thought of in Terms of Direct Horizontal Effect?", in *European Review of Private Law*, vol. 16, n.º 5, 2008, p. 690; ASSUNÇÃO CRISTAS, "É Possível Impedir Judicialmente a Resolução de um Contrato?", in *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, p. 52, n.º 2; PATRÍCIA DA GUIA PEREIRA, Pereira, "Nótula sobre Tipologia do Incumprimento", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2011, p. 675, n. 139; JOÃO CURA MARIANO, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 2015, p. 259; RUI PAULO DE MASCARENHAS ATAÍDE, "Direitos e Garantias do Comprador. Meios de Tutela" in *Estudos de Direito do Consumo*, vol. V, 2017, p. 165.

⁵⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 164 (embora discordando da solução adotada); ASSUNÇÃO CRISTAS, "Portuguese Contract Law: The Search for Regimes Unification?", in *European Review of Contract Law*, vol. 5, n.º 3, 2009, pp. 359.

⁵⁵ EVELYNE TERRY, "A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law", in *European Review of Private Law*, n.º 4, 2019, p. 858. Sobre a importância de um equilíbrio entre a proteção do consumidor e a sustentabilidade, v. também VANESSA MAK E ENNA LUJINOVIC, "Towards a Circular Economy in EU Consumer Markets - Legal Possibilities and Legal Challenges and the Dutch Example", in *EuCML - Journal of Consumer and Market Law*, n.º 1, 2019, p. 7.

⁵⁶ Arts. 13.º-1, 2 e 3 da Diretiva 2019/771 e 14.º-1 e 2 da Diretiva 2019/770.

⁵⁷ CAROLINE CAUFFMAN, "New EU Rules on Business-to-Consumer and Platform-to-Business Relationships", p. 471

da falta de conformidade". Num futuro caso semelhante, após a transposição da diretiva, a decisão será no sentido de que o consumidor não tem direito à substituição do bem.

Os bens, conteúdos digitais ou serviços digitais devem ser repostos em conformidade cumprindo os seguintes requisitos:

- Gratuitamente⁵⁸;
- Num prazo razoável. Existe uma diferença entre as duas diretivas quanto à possibilidade de os Estados-Membros definirem um prazo fixo. Assim, no considerando 55 da Diretiva 2019/771 afirma-se que "os Estados-Membros deverão poder interpretar o conceito de prazo razoável para a conclusão da reparação ou da substituição, prevendo prazos fixos que podem ser geralmente considerados razoáveis para a reparação ou substituição, em especial no que respeita a categorias específicas de produtos";
- Sem qualquer inconveniente significativo para o consumidor⁵⁹.

Como se pode ler no considerando 56 da Diretiva 2019/771, esta não especifica onde deve ser efetuada a reparação ou a substituição, questões que são deixadas para a legislação nacional.

O local onde os bens devem ser repostos em conformidade, nomeadamente através da reparação, é discutido no já referido Acórdão *Fùlla*. Este caso dizia respeito a uma tenda de cinco por seis metros que não estava em conformidade com o contrato, tendo o consumidor solicitado ao vendedor que "procedesse à sua reposição em conformidade, no seu domicílio". O vendedor rejeitou a alegação de falta de conformidade e o consumidor resolveu o contrato. O TJUE conclui que "uma situação como a que está em causa no processo principal, o consumidor que informou o vendedor da não conformidade do bem adquirido à distância, cujo transporte para a sede do estabelecimento do vendedor corre o risco de constituir, para ele, um grave inconveniente e que pôs esse bem à disposição do vendedor no seu domicílio para ser repostado em conformidade, tem direito à resolução do contrato por falta de uma solução num prazo razoável, se o vendedor não tiver tomado nenhuma medida adequada para repor a conformidade do referido bem, incluindo a de informar o consumidor do lugar onde esse mesmo bem deve ser posto à sua disposição para a referida reposição em conformidade".

O art.º 14.º-4 da Diretiva 2019/771 segue a regra estabelecida pelo TJUE no caso *Quelle* (C-404/06, 2008): "O consumidor não é obrigado a pagar pela utilização normal dos bens substituídos durante o período anterior à sua substituição". O considerando 57 esclarece que "a utilização dos bens deverá ser considerada normal se for efetuada em conformidade com a natureza e a finalidade dos mesmos".

⁵⁸ Parece que a decisão do TJUE no caso *Fùlla* continuará a ser aplicável no contexto das novas diretivas: "o direito do consumidor a que o bem, adquirido à distância, seja repostado em conformidade «sem encargos» não abrange a obrigação do vendedor de adiantar as despesas de transporte do bem, para efeitos dessa reposição em conformidade, para a sede do estabelecimento desse vendedor, a menos que o facto de tal consumidor adiantar essas despesas constitua um encargo suscetível de o dissuadir de exercer os seus direitos".

⁵⁹ Arts. 14.º da Diretiva 2019/771 e 14.º-3 da Diretiva 2019/770.

Tendo em conta ambas as diretivas, os direitos à redução do preço ou à resolução do contrato podem ser exercidos, em resumo, nos seguintes casos:

- Ausência de tentativa de reposição conformidade dos bens, conteúdos digitais ou serviços digitais (quer por ser impossível ou desproporcionado quer por qualquer outro motivo relacionado com o profissional);
- Falta de conformidade apesar de uma tentativa de repor a conformidade dos bens, conteúdos digitais ou serviços digitais;
- Gravidade da falta de conformidade;
- Declaração (expressão ou tácita) do profissional no sentido de que não repor a conformidade dos bens, conteúdos digitais ou serviços digitais.

As diretivas fazem, ainda, referência a outras situações jurídicas.

A exceção de não cumprimento encontra-se expressamente prevista no art. 13.º-6 da Diretiva 2019/771.

No que respeita ao direito a indemnização, o articulado das diretivas aponta no sentido de os Estados-Membros terem ampla liberdade na sua regulação⁶⁰, mas o considerando 61 da Diretiva 2019/771 parece ir um pouco mais longe, estabelecendo que “o consumidor deverá ter o direito de exigir uma indemnização por quaisquer danos sofridos em razão de uma violação da presente diretiva por parte do vendedor, nomeadamente por danos sofridos em consequência de uma falta de conformidade” e apontando no sentido de se tratar de um direito a indemnização pelo interesse contratual positivo (“tal indemnização deverá repor a situação em que o consumidor se encontraria se o bem estivesse em conformidade”).

7. Conclusão

As Diretivas 2019/770 e 2019/771 constituem um importante desafio para o direito do consumo a nível europeu. Cada vez mais áreas do direito se encontram harmonizadas, em especial no que respeita aos contratos celebrados entre consumidores e profissionais.

Embora a Diretiva 2019/771 dê mais liberdade aos Estados-Membros do que a Diretiva 2019/770, as semelhanças entre as duas diretivas são claramente mais significativas do que as diferenças. Esta pode constituir uma boa oportunidade para os Estados-Membros, que têm a opção de adotar um regime jurídico unificado em matéria de conformidade e de falta de conformidade para todos os contratos celebrados com os consumidores.

No que respeita à venda de bens de consumo, um dos principais efeitos da Diretiva 2019/771 será a redução do nível de proteção dos consumidores em muitos Estados-Membros. Em especial, deixa de ser possível conceder ao consumidor o direito de resolver o contrato de imediato (exceto nos primeiros 30 dias após a entrega).

⁶⁰ Arts. 3.º-6 da Diretiva 2019/771 e 10.º da Diretiva 2019/770.

A Diretiva 2019/770 é inovadora, na medida em que os contratos de fornecimento de conteúdos digitais e de serviços digitais não se encontravam regulados pela legislação da União Europeia. Coloca grandes desafios, nomeadamente no que respeita aos dados. A qualificação e a categorização destes contratos também são questões que continuam por resolver.

Os próximos anos serão muito interessantes para o direito da União Europeia, prevendo-se grandes alterações na legislação dos Estados-Membros.

Bibliografia

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005

ATAÍDE, RUI PAULO DE MASCARENHAS, "Direitos e Garantias do Comprador. Meios de Tutela" in *Estudos de Direito do Consumo*, Vol. V, 2017, pp. 149-171

BARBIERI, DIOVANA, "The Binding of Individuals to Fundamental Consumer Rights in the Portuguese Legal System: Can/Should it be Thought of in Terms of Direct Horizontal Effect?", in *European Review of Private Law*, Vol. 16, n.º 5, 2008, pp. 665-692

BOURGOIGNIE, THIERRY, "À la Recherche d'un Fait Générateur de Responsabilité Unique et Autonomie dans les Rapports de Consommation: Le Défaut de Conformité à l'Attente Légitime du Consommateur", in *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order - Recht und Diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung - Liber Amicorum Norbert Reich*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, pp. 221-243

CÁMARA LAPUENTE, SERGIO, *Contratos y Protección Jurídica del Consumidor*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018

CARVALHO, JORGE MORAIS, *Manual de Direito do Consumo*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019

CASTILLO PARRILLA, JOSÉ ANTONIO, *Bienes Digitales: Una Necesidad Europea*, Dykinson, 2018

CAUFFMAN, CAROLINE, "New EU Rules on Business-to-Consumer and Platform-to-Business Relationships", in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 26, n.º 4, 2019, pp. 469-479

CIAN, GIORGIO, "Presentazione del Convegno" in *L'Attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa*, CEDAM, Padova, 2002, pp. 3-16

CRISTAS, ASSUNÇÃO, "É Possível Impedir Judicialmente a Resolução de um Contrato?", in *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 53-79

CRISTAS, ASSUNÇÃO, "Portuguese Contract Law: The Search for Regimes Unification?", in *European Review of Contract Law*, Vol. 5, n.º 3, 2009, pp. 357-367

- FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “O Ónus da Denúncia do Defeito da Empreitada no Artigo 1225.º do Código Civil. O Facto e o Direito na Interpretação dos Documentos”, in *O Direito*, Ano 131.º, I-II, 1999, pp. 231-281
- HOWELLS, GERAINT, “The Scope of European Consumer Law”, in *European Review of Contract Law*, n.º 3, 2005, pp. 360-372
- HOWELLS, G., TWIGG-FLESNER, C., E WILHELMSSON, T., *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, 2018
- KALAMEES, PIIA, E SEIN, KARIN, “Connected Consumer Goods: Who is Liable for Defects in the Ancillary Digital Service?”, in *EuCML – Journal of Consumer and Market Law*, n.º 1, 2019, pp. 13-22
- LARCHER, SARA, “Contratos Celebrados Através da Internet: Garantias dos Consumidores contra Vícios na Compra e Venda de Bens de Consumo”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. II, 2005, pp. 141-253
- LEITÃO, LUÍS MENEZES, “O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo”, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. II, 2005, pp. 37-73
- MAK, VANESSA, E LUJINOVIC, ENNA, “Towards a Circular Economy in EU Consumer Markets – Legal Possibilities and Legal Challenges and the Dutch Example”, in *EuCML – Journal of Consumer and Market Law*, n.º 1, 2019, pp. 4-13
- MARIANO, JOÃO CURA, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2015
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, “Compra e Venda e Empreitada”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, vol. III – Direito das Obrigações, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 235-263
- MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, Almedina, Coimbra, 2004
- O’CALLAGHAN, XAVIER, “Nuevo Concepto de la Compraventa cuando el Comprador es Consumidor”, in *Revista de Derecho Privado*, 2005, pp. 23-41
- OLIVEIRA, NUNO PINTO, *Contrato de Compra e Venda – Noções Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2007
- PEREIRA, PATRÍCIA DA GUIA, “Nótula sobre Tipologia do Incumprimento”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 637-679
- PINTO, ALEXANDRE MOTA, “Venda de Bens de Consumo e Garantias – O Direito Vivido nos Tribunais”, in *I Congresso de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 189-209

PINTO, PAULO MOTA, "Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo – A Directiva 1999/44/CE e o Direito Português", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, pp. 197-331

PINTO, PAULO MOTA, "O Anteprojecto de Código do Consumidor e a Venda de Bens de Consumo", in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. III, 2006, pp. 119-134

SCHULZE, REINER, "Supply of Digital Content – A New Challenge for European Contract Law", in *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 127-143

SEIN, KARIN, E SPINDLER, GERALD, "The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply", in *European Review of Contract Law*, vol. 15, n.º 3, 2019, pp. 257-279

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Venda de Bens de Consumo*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010

TENREIRO, MÁRIO, "La Proposition de Directive sur la Vente et les Garanties des Biens de Consommation", in *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, n.º 3, 1996, pp. 187-225

TERRY, EVELYNE, "A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law", in *European Review of Private Law*, n.º 4, 2019, pp. 851-874

Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Caso C-464/01 *Johann Gruber v Bay Wa AG* [2005] ECR I-00439, para 39.

Caso C-404/06, *Quelle AG v Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände* [ECLI:EU:C:2008:231]

Casos C-65/09 (*Gebr. Weber GmbH v Jürgen Wittmer*) e C-87/09 (*Ingrid Putz v Medianess Electronics GmbH*) [2011] ECR I-05257

Caso C-497/13 *Froukje Faber contra Autobedrijf Hazet Ochten BV* [ECLI:EU:C:2015:357]

Caso C-133/16 *Christian Ferenschild v JPC Motor SA* [ECLI:EU:C:2017:541]

Caso C-498/16 *Maximilian Schrems v Facebook Ireland Limited* [ECLI:EU:C:2018:37]

Caso C-630/17 *Anica Milivojević v Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen* [ECLI:EU:C:2019:123]

Caso C-52/18 *Christian Füllä v Toolport GmbH* [ECLI:EU:C:2019:447]

(texto submetido a 26.08.2019 e aceite para publicação a 20.09.2019)