

Recensão crítica a ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: *La protección de los consumidores*, Colección *Abogacía Internacional*, vol. II, Madrid, Rasche, 2016, 270 pp.

(ISBN: 978-84-15560-57-9)

Book Review of ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: *La protección de los consumidores*, Colección *Abogacía Internacional*, vol. II, Madrid, Rasche, 2016, 270 pp.

(ISBN: 978-84-15560-57-9)

Helena Mota

Professora da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Investigadora do CIJE —
Centro de Investigação Jurídico-Económica

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

hmota@direito.up.pt

<https://orcid.org/0000-0001-7938-2926>

Fevereiro de 2018

RESUMO: Recensão crítica a ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: *La protección de los consumidores*, Colección *Abogacía Internacional*, vol. II, Madrid, Rasche, 2016, 270 pp. (ISBN: 978-84-15560-57-9).

PALAVRAS-CHAVE: União Europeia; Direito Internacional Privado; protecção do consumidor; contratos internacionais de consumo.

ABSTRACT: Book Review of ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: *La protección de los consumidores*, Colección *Abogacía Internacional*, vol. II, Madrid, Rasche, 2016, 270 pp. (ISBN: 978-84-15560-57-9).

KEY WORDS: European Union; Private International Law; consumer protection; cross-border consumer contracts.

1. Trata-se, desde logo, pela estrutura e sistemática utilizadas, de uma obra pouco comum quer no panorama editorial espanhol (como é assinalado na recensão crítica feita anteriormente por Enrique Linares Rodríguez, in “Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Abogacía internacional. La protección de los consumidores*, Madrid, Rasche, 2016, 270 págs.”, *REDI*, Sec. Bibliografía, vol.69/1, Jan.-Jun., Madrid, 2017, pp. 303-323) quer, e em especial, no português onde a sua divulgação se revestirá de grande utilidade, apesar da barreira linguística que, sendo despicienda, é ainda mais diminuída pela clareza e concisão do discurso.

O objectivo assumido e revelado pelo A. na apresentação da obra — “...*el presente trabajo pretende ser una herramienta útil para la asesoría legal y el ejercicio de la abogacía en materia de consumo transfronterizo, así como para la enseñanza práctica de dicha materia en los estudios de grado y postgrado...*”— é plenamente conseguido: a obra dá uma visão global das relações de consumo internacionais ou transfronteiriças (ainda que circunscritas àquelas que se desenvolvem no seio da UE e da América Latina, circunscrito essa meramente aparente dado o carácter universal da maioria dos actos normativos vigente); sistematiza os aspectos mais relevantes da matéria, arrumando-os segundo critérios subjectivos (a posição jurídica do consumidor como “parte jurídica e económica mais débil” e como “cliente” na contratação internacional), objectivos (lei aplicável), adjectivos (tutela judicial e extrajudicial) e especiais (tipos contratuais específicos); fornece ainda, em cada momento, referências úteis sobre actos normativos aplicáveis pelos órgãos jurisdicionais espanhóis e os homólogos vigentes nos países da América Latina (de língua espanhola), jurisprudência relevante, materiais práticos como minutas de formulários, requerimentos, peças processuais, contratos ou notas de aconselhamento jurídico e hipóteses de trabalho, enfatizando os casos “patológicos”.

O A. toma assim como base metodológica, não o ponto de vista estritamente normativo, mas antes a realidade sócio-económica do consumidor e a sua necessidade de protecção, atendendo às diferentes vestes em que actua e aos interesses gerais do comércio internacional, e delas extraíndo as consequências jurídicas. Esta é uma opção feliz e coerente com os objectivos do livro e da colecção em que o mesmo se insere, traduzindo uma ideia de *law in action* que, obviamente, não descarta a profundidade e a reflexão típicas do *law in the books*; pelo contrário, é muito visível a preocupação do A. em criticar e revelar abertamente dificuldades e incongruências várias na interpretação e aplicação do quadro actual normativo de protecção dos consumidores, ilustradas amiúde por casos práticos e situações “paradoxais” seguidas, muitas vezes, de estratégias de solução. A isto acresce a ampla e suficiente (embora, naturalmente, não completa, em especial no que diz respeito à bibliografia portuguesa) lista bibliográfica final, dividida pelos temas versados em cada capítulo, útil a todo o jurista, prático ou académico.

2. O livro divide-se em quatro capítulos sob as epígrafes *El consumidor en el comercio internacional* (Cap.I), *El contrato internacional de consumo* (Cap.II), *Reclamaciones en materia de consumo transfronterizo* (Cap. III) e *Situaciones especiales de consumo transfronterizo* (Cap. IV).

No Capítulo I, o A. determina a posição jurídica do consumidor na cadeia de comercialização internacional, i.e, a sua relação com as empresas retalhistas e com as empresas grossistas (fabricantes ou intermediários), e no sistema internacional de mercado, no qual relevam as regras sobre a livre concorrência e a sua aplicação pelas autoridades estatais.

Este capítulo tem uma enorme importância prática pois permite esclarecer e delimitar previamente o tipo de situações de facto qualificáveis como internacionais em que intervêm consumidores de bens e/ou serviços. Igualmente importantes são aquelas que não resultando directamente da contratação internacional tangem com os interesses dos consumidores finais tais como a responsabilidade pela venda de coisa defeituosa, as garantias comerciais ou mesmo a protecção da livre concorrência ou concorrência desleal, fruto de normas de direito material uniformizado (eg Directiva 2014/104/UE ou Directiva 2005/29/CE) ou de direito conflitual uniforme [Convenção da Haia de 1973 sobre a lei aplicável à responsabilidade por produtos, Regulamento (CE) n.º 864/2007 (“Roma II”)]. Neste âmbito, o A. trata também a questão da competência judicial internacional nomeadamente pela aplicação do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 (“Bruxelas I bis”).

O Capítulo II versa o contrato internacional de consumo e a sua regulação jurídica, *maxime* a determinação da lei aplicável. Esta resulta, para os órgãos jurisdicionais espanhóis (e portugueses), em grande medida, da aplicação do Regulamento (CE) n.º593/2008 (“Roma I”) e esta análise estritamente conflitual é de suma importância, em especial pela possibilidade de aplicação de uma lei de um Estado 3.º cujo direito material não esteja condicionado pela aplicação do direito comunitário.

Ao mesmo tempo, e na hipótese inversa, i.e, quando a lei aplicável for a de um Estado Membro da UE, faz-se referência à harmonização do direito material por aplicação das normas comunitárias, em especial a Directiva 2011/83/UE, do PE e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, a qual, no seu art. 25.º, qualifica de imperativas as disposições da Directiva no sentido da irrenunciabilidade pelos consumidores dos direitos que lhes são conferidos pela transposição da Directiva para a legislação nacional *sempre que a lei aplicável ao contrato for a lei de um Estado-Membro* — ou, acrescentaríamos, mesmo não sendo, *vg* quando for escolhida a lei de um Estado 3.º e a situação for exclusivamente intracomunitária, nos termos do art. 3.º, n.º4, do Regulamento “Roma I”, ou quando a situação esteja no âmbito de aplicação do art. 6.º do Regulamento “Roma I” e a escolha da lei de um Estado 3.º fique limitada pelo respeito por estas normas imperativas de protecção se acaso o consumidor residir habitualmente num Estado Membro (art. 6.º, n.º 2, do Regulamento Roma I).

É a propósito desta distinção que surgem alguns problemas de compatibilização entre o direito material e conflitual (a conhecida problemática dos “dois patamares de justiça” no seio da UE, visível também, e a título de exemplo, na determinação da lei pessoal das sociedades comerciais e nos problemas de transferência de sede ou no direito ao nome, nos quais as liberdades instituídas nos Tratados da UE, nomeadamente o direito de estabelecimento e circulação, contendem com as soluções conflituais dos Estados) tanto mais grave quanto, neste caso, a desarmonia provém do mesmo legislador, o comunitário. O A. refere, a este propósito, a diferença de qualificação da figura de “consumidor” (mais restrita no caso do art. 6.º do Regulamento “Roma I”, a qual se atém somente, como norma de protecção conflitual, ao consumidor passivo ou *captado*, i.e a quem foi dirigida uma proposta contratual, ou a mais ampla da Directiva 2011/83/UE, que abrange todos os que adquirem bens ou serviços somente para uso pessoal) que pode resultar em situações paradoxais, como as descritas nas pp. 97 a 99, bem ilustradas com casos práticos. O A classifica-os de “desprotecção do consumidor protegido” que ocorre quando o consumidor elegível para os termos do art. 6.º do Regulamento “Roma I” é residente num Estado 3.º que oferece menor protecção, sendo essa a lei aplicável supletivamente em vez da lei do profissional que está estabelecido num Estado-Membro, ou de “protecção do consumidor desprotegido”, caso em que o profissional estabelecido na UE não dirige a sua proposta a um consumidor residente num Estado 3.º mas — e porque não houve também escolha de lei e nos contratos B2B o Regulamento determina, nos termos do art. 4.º, a aplicação da lei da residência do profissional como prestador característico — acabará por aplicar-se a lei de um Estado Membro e as normas de protecção da Directiva 2011/83/UE em virtude da referida noção *diferente* de “consumidor”...para o *mesmo* legislador comunitário!

Igualmente interessantes são as situações decorrentes da aplicação do art. 13.º do Regulamento “Roma I” em matéria de capacidade para a celebração do contrato e o princípio subjacente do *favor negotii* em função da “excepção do interesse nacional”. Também aqui o A. delimita correctamente o âmbito pessoal da norma que é distinto do art. 6.º do Regulamento Roma I. Deste modo, mesmo nas situações em que o contrato é qualificado como de “consumo” (e aplicável supletivamente a lei do lugar da residência do menor consumidor para onde a empresa estrangeira dirigiu a sua proposta), a questão da (in)capacidade continuará a ser regida pela lei da sua nacionalidade, que o considera incapaz, uma vez que se trata de um contrato entre ausentes (contratação por telefone ou carta ou internet quando os contraentes não se encontrem no mesmo Estado) aos quais não se pode aplicar a excepção do art. 13.º. Por outro lado, chama o A. à atenção para a aplicabilidade do art. 13.º nos contratos celebrados entre ausentes desde que ambas as partes se situem no mesmo país — por exemplo, um contrato celebrado através da internet por um menor estrangeiro, residente no mesmo país do profissional.

Muito pertinentes são também as referências a cláusulas contratuais que podem violar a reserva de ordem pública internacional, condensadas no “Material n.º 14”, p. 102, assim como a crítica à redacção do art. 21.º do Regulamento Roma I, a qual, ao não indicar a solução conflitual após a intervenção da reserva de ordem pública internacional pelo Estado

do foro, cria uma lacuna de complicada resolução. No entanto, parece-nos que deve ser deixado ao Estado do foro a margem de manobra suficiente para aplicar, por exemplo, a solução do seu DIP de fonte interna, como seria o caso do art. 22.º do Código Civil português (aplicação das normas mais apropriadas da lei estrangeira competente e, subsidiariamente, a lei material do foro) que nos parece bem mais acertada do que a solução avançada, com reservas, é certo, pelo A, de aplicação da parte final do art. 67.º, n.º1, do DLTRLGCU, a qual constitui notoriamente uma solução para a aplicação de direito estrangeiro em caso de impossibilidade de determinar e/ou provar o seu conteúdo (com solução paralela ao do art. 23.º do Código Civil português) e não para a desconsideração do direito estrangeiro em resultado da aplicação da reserva de ordem pública internacional.

Em geral, a metodologia usada pelo A. neste capítulo é correcta ao delimitar o âmbito de aplicação material do art. 6.º do Regulamento "Roma I" (com grande apoio na jurisprudência do TJUE) dissecando com rigor os seus pressupostos (e as dúvidas na sua interpretação) e distinguindo, por exemplo, o uso pessoal de bens e serviços do uso profissional, sem esquecer o difícil problema da relação causal entre o contrato celebrado e a captação; referindo-se aos diferentes tipos de captação e às situações mais dúbias, como aquelas que resultam da actividade meramente temporária do profissional do Estado da residência do consumidor, entre outras.

O Capítulo III cuida da tutela judicial e extrajudicial do consumidor, abordando a perspectiva processual ou adjectiva desta matéria. O A. distingue, num plano mais amplo, as reclamações individuais das reclamações colectivas e nas primeiras diferencia as judiciais das extrajudiciais. Relativamente às reclamações individuais extrajudiciais, assumem particular importância, por um lado, a resolução alternativa de litígios (ADR), cujo quadro normativo é indicado e analisado pelo A. — a Directiva 2013/11/UE e Regulamento (UE) n.º 524/2013 — delimitando suficientemente os âmbitos respectivos de aplicação material e, por outro, a arbitragem de consumo e as suas dificuldades específicas, nomeadamente a adaptação aos litígios de consumo internacionais, reservando o A. uma posição crítica relativamente a esta questão.

No que respeita à tutela judicial, o A. analisa os vários aspectos em que ela se desenvolve: competência, reconhecimento e execução, todos com referência principal ao Regulamento (UE) n.º 1215/2012, do PE e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2012 ("Bruxelas I bis"), quer no que concerne às reclamações contra empresas sediadas na UE quer em Estados 3.ºs, com ou sem sucursais na UE, mas também, e no que diz respeito às reclamações contra empresas com sede na Suíça, Islândia e Noruega ou em 3.ºs Estados mas com sucursais naqueles países, a Convenção de Lugano. Neste âmbito, o A. sublinha as diferenças ao nível da competência judicial entre acções civis e comerciais em que intervenham consumidores, destacando, também ao nível processual, o diferente nível de protecção do consumidor. Ainda no Capítulo II são referidas as reclamações colectivas.

Por último, o Capítulo IV lida com situações especiais como a relação de consumo internacional no âmbito do comércio electrónico, dos contratos que incidem sobre bens

imóveis, dos contratos de transporte e do uso particular de instrumentos financeiros, analisando quer os aspectos processuais quer a lei aplicável e esta em consequência da aplicação das soluções conflituais e das disposições materiais directamente aplicáveis. Dada a exclusão de muitos destes tipos contratuais do âmbito de aplicação do art. 6.º do Regulamento "Roma I" e dada a existência de abundante regulamentação comunitária, através de Directivas, relativas a estes específicos contratos, o seu tratamento em capítulo autónomo é de louvar.

3. Sem prejuízo da apreciação francamente positiva da obra — é original, útil, condensada, completa, sistemática e suficientemente crítica — permitimo-nos destacar alguns aspectos menos conseguidos.

No que diz respeito aos materiais normativos, a sua indicação prévia a cada tema é inteiramente de louvar. No entanto, pode resultar confuso para o leitor a indicação de vários actos normativos eventualmente justapostos na sua aplicação espacial, material ou territorial. Exemplificando: no âmbito do Capítulo II, relativamente à definição do "uso não profissional dos produtos e serviços" referem-se (p. 51) simultaneamente a Convenção de Viena de 1980, o Regulamento "Roma I" e o art. 67, n.º1, do Decreto Legislativo 1/2007. Ora, resultaria mais claro se o A. explicitasse previamente a delimitação temporal, espacial e material destes actos normativos, nomeadamente o carácter remissivo do direito espanhol (e da norma de conflitos do art. 67.º, n.º1 do Decreto legislativo citado) ao Regulamento Roma I, e a não aplicação da Convenção de Viena aos contratos C2B (é referido somente *en passant* na p. 52). Também no que diz respeito ao problema da capacidade para contratar não resulta suficientemente clara a aplicação simultânea (ou prévia e depois excepcional) das regras de conflitos do Código Civil espanhol (o art. 9.º) e do art. 13.º do Regulamento Roma I. Talvez fosse necessária uma pequena introdução delimitando os âmbitos de aplicação dos actos normativos ou, pelo menos, dos mais relevantes, em especial o Regulamento "Roma I".

Ainda no Capítulo II, pareceu algo equívoco o p.4.2. (pp. 104 e ss) na referência às "leyes de policia" sem se distinguir claramente entre as normas de aplicação imediata referidas no art. 9.º e as normas imperativas para efeitos de aplicação do art. 3.º, n.º 4, (referido na p.84), e do art. 3.º, n.º 3, do Regulamento "Roma I" (referência muito breve na p.13), tendo aquelas uma interpretação mais restritiva, como adverte o Considerando 37 do Regulamento. Seria talvez importante clarificar as situações visadas por estas últimas e os seus objectivos (evitar a extra-comunitarização e a internacionalização fictícias dos contratos, respectivamente) em relação às n.a.i. O exemplo que é dado na p. 105, a este propósito, não parece ser o mais feliz porque confunde diferentes critérios: o da posição activa do consumidor (que o exclui do âmbito de protecção do art. 6.º) com o carácter extra-comunitário da situação, em virtude de o profissional, apesar de ter utilizado uma sucursal situada num Estado-Membro, ter sede

efectiva em Estado 3.º; talvez neste caso se pudesse defender que todos “elementos relevantes” aos quais se refere o art. 3.º, n.º4, se situam em Estados Membros. Por outro lado, não será líquida a consideração de normas de direito material interno, muitas vezes em transposição de directivas comunitárias, como n.a.i se, precisamente, o seu carácter imperativo estiver circunscrito às situações em que existe escolha de lei: poderá ser esta a situação do art. 67.º do RDL 1/2007 o qual oferece muitas dúvidas sobre a sua sobreposição às regras de conflitos.

Finalmente, seria interessante alguma referência e reflexão sobre a posição do consumidor nos contratos da designada *sharing economy*, i.e nos contratos internacionais celebrados por meio de plataformas electrónicas — *Uber, Airbnb, et al.* — e que tem estado na ordem do dia, designadamente com intervenção interpretativa do TJUE. Esta nova realidade pode suscitar questões de qualificação interessantes, como a de saber se a relação entre empresas do tipo *Uber* e os seus condutores é laboral ou uma mera prestação de serviços; se a relação entre este tipo de empresas com os utilizadores corresponde a um contrato de transporte ou uma prestação de serviços no âmbito da “sociedade de informação”; se aqueles que utilizam plataformas como a *Airbnb* acabam por celebrar contratos de arrendamento e/ou prestação de serviços e qual o tipo de vinculação ou responsabilidade da empresa proprietária da plataforma; são situações que, em todo o caso, exigem respostas conflituais diferenciadas e nada fáceis e que, provavelmente, exigiriam um novo e diferente trabalho.

4. A apreciação final da obra, como já se deixou antever, é muitíssimo positiva; por tudo o que foi dito e comentado, concluímos tratar-se de um contributo muito importante para o conhecimento, a análise e a aplicação da protecção jurídica dos consumidores e o seu A. conseguiu o difícil consenso entre o rigor de um trabalho científico e a sensibilidade para as questões práticas da vivência do direito.