

CRÉDITO RESPONSÁVEL
E
DEVER DE AVALIAÇÃO DA SOLVABILIDADE DO CONSUMIDOR

Cláudia Cristina Moreira Salazar (n.º 340190054)

Dissertação de Mestrado em Direito

Orientador: Professor Doutor Brandão Proença

Universidade Católica Portuguesa – Escola de Direito do Centro Regional do Porto

Novembro de 2012

ABREVIATURAS E CONVENÇÕES

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça
BP – Banco de Portugal
CC – Código Civil
CE – Comissão Europeia
CEE – Comunidade Económica Europeia
CESE – Comité Económico e Social Europeu
CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
Code Cons. - Code de la Consommation
CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados
CPC – Código de Processo Civil
CRC – Central de Responsabilidades de Crédito
CRP – Constituição da República Portuguesa
Dir. - Diretiva
Dir. 87/102 - Directiva 87/102/CEE do Conselho de 22.12.1986 relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos estados-membros relativas ao crédito ao consumo
Dir. 2008/48 - Directiva 2008/48/CE do Parlamento e do Conselho, de 23 de Abril, relativa a contratos de crédito aos consumidores
DL – Decreto-Lei
UE – União Europeia
EUA – Estados Unidos da América
FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
FEUC – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra
LDC – Lei de Defesa do Consumidor
LPDP – Lei de Proteção de Dados Pessoais
PE – Parlamento Europeu
p. ex. - por exemplo
Port. - Portaria
Prop. crédito imobiliário - Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos de crédito para imóveis de habitação
Proposta/2002 – Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à harmonização das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de crédito aos consumidores, COM/2002/0443 final – COD 2002/0222*/., JO 331 E de 31.12.2002
RGICSF – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (DL 298/92, de 31/12)
RGC – Regime Geral das Contraordenações (DL 433/82, de 27.10)
RLBDC – Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo
ROA – Revista da Ordem dos Advogados
TAEG – Taxa anual de encargos efetiva global
V. - Ver

Chave de leitura

A indicação dos sítios da internet é feita com a supressão do elemento <http://www>.

1. Introdução

Em 01.07.2009 entrou em vigor o DL 133/2009, de 02.06 (salvo o art. 28, em vigor desde 01.10.2009), cujo art. 10/1, na redação resultante do DL 72-A/2010, de 16.06, dispõe: “Antes da celebração do contrato de crédito, o credor deve avaliar a solvabilidade do consumidor com base em informações que para tal sejam consideradas suficientes, se for caso disso obtidas junto do consumidor que solicita o crédito e, se necessário, através da consulta a bases de dados de responsabilidades de crédito, enquadradas pela legislação em vigor e com cobertura e detalhe informativo adequados para fundamentar essa avaliação.”¹

A obrigação é renovada pelo n. 4, se e quando as partes decidam aumentar o montante do crédito, impondo o n. 5 ao credor o ónus da prova: “Compete ao credor fazer prova do cumprimento do disposto neste artigo.”

Trata-se de inovação legislativa em Portugal que, em face do seu relevo e do atual panorama económico e financeiro nacional e internacional, se afigura de interesse analisar.

2. Crédito ao consumo – perspetiva histórica

É muito antiga a prática do empréstimo de dinheiro mediante pagamento de juros, sendo dominante, nas civilizações primitivas, a proibição da então designada *usura*, nomeadamente no Antigo Testamento Hebraico^{2/3}.

Na Idade média a orientação manteve-se, com forte condenação da usura pela Igreja Católica, vindo, porém, o crédito a desempenhar, sobretudo no Norte da Europa, de cultura Protestante, importante papel no crescimento económico.

A Revolução Industrial do séc. XIX emprestou ao crédito uma conotação menos negativa⁴.

1 A redação original era: “1. Antes da celebração do contrato de crédito, o credor deve avaliar a solvabilidade do consumidor, quer através da verificação das informações por este prestadas, quer através da consulta obrigatória à Central de Responsabilidades de Crédito, a que se refere o Decreto-Lei n.º 204/2008, de 14 de Outubro.”

2 “A usura e a veemente condenação a esta prática é tão antiga quanto a história da civilização económica. Os romanos limitavam as taxas de juros; a mais alta não passava de 8% ao ano (...). No Código de Hamurabi, por volta de 1.700 a.C., a punição à extrapolação do limite máximo era a perda do capital emprestado”; NELSON ZUNINO NETO, *O limite legal à taxa de juros*. Site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria-RS; ufsm.br/direito/artigos/consumidor/juro.htm (ac. 5.06.2012).

3 *Report on the operation of Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit*, Brussels, 11.05.1995, COM(95) 117 final, p. 9.

No início do séc. XX, nos EUA, sociedade culturalmente mais propensa à assunção do risco inerente e vocacionada para a melhoria das condições materiais de vida, alarga-se o recurso ao crédito,⁵ potenciando a produção em massa e a sociedade de consumo.

Na Europa, é sobretudo no pós-guerra que se generaliza o crédito como meio comum de organizar o orçamento familiar⁶, originando a necessidade de proteção do consumidor/mutuário⁷. A legislação surge fragmentada, associada à venda de bens ou serviços⁸, só mais tarde assumindo o crédito como produto transacionável em si, revestindo cada vez maior variedade de formas e técnicas. Torna-se necessária uma regulação que vise o crédito ao consumo como um todo, independente dos bens ou serviços cuja aquisição se destine a financiar ou da modalidade específica que assuma. Uma primeira abordagem do género surge no Reino Unido com o Consumer Credit Act, de 1974.

Em Portugal só na década de 90 se assistiu ao recurso generalizado ao crédito ao consumo, com o aumento exponencial dos hábitos de consumo, em ambiente conjuntural de crescimento económico.

As consequências, porém, não se fizeram esperar.

Pois se o crédito favorece o crescimento económico e antecipa o acesso a bens e serviços, ele afeta o rendimento futuro ao cumprimento das obrigações assumidas⁹ por período em que podem ocorrer alterações no saldo entre os rendimentos e despesas do mutuário.

4 Ainda assim, nos EUA, o recurso ao crédito era visto como um sinal de fracasso, enquanto na Europa era sobretudo censurado o mutuante - *Report on*, p.9.

5 *Desemprego e Sobreendividamento dos Consumidores: Contornos de uma 'ligação perigosa'*, Projecto Desemprego e Endividamento das Famílias, PIQS/ECO/50119/2003 Relatório Final, Centro de Estudos Sociais da FEUC, sob a coordenação de CATARINA FRADE, p. 9.

6 *Establishment of a Benchmark on the Economic Impact of the Consumer Credit Directive on the Functioning of the Internal Market in this Setor and on the Level of Consumer Protection – Final Report*, 05.11.2009, http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/ccd_benchmarking_study-en.pdf (ac. 30.03.2012), p. V, dando nota da relação do recurso ao crédito com o ambiente cultural.

7 Na origem do moderno direito do consumidor constitui marco histórico o discurso de 15.03.1962 do presidente americano John Kennedy, referindo como quatro direitos fundamentais do consumidor os de segurança, informação, escolha e participação. V., WOLNEY MACIEL DE CARVALHO NETO, *Considerações sobre a evolução histórica dos direitos do consumidor*, Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 24.10.2010, conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29444&seo=1 (ac. 29.06.2012).

8 Nos anos 60 e 70 do séc. XX, na Europa ainda se vivia numa “cash society”, (*em que*) o crédito desempenhava um papel muito limitado”, sobretudo ‘venda a prestações’ ou ‘locação-venda’ e empréstimo pessoal; V. Exposição de Motivos da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à harmonização das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de crédito aos consumidores, COM/2002/0443 final – COD 2002/0222*/, JO 331 E de 31.12.2002, p. 200 – 248, 1.2.

9 MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES e CATARINA FRADE, *Regular o Sobreendividamento*, Observatório do Endividamento dos Consumidores – FEUC, 2004, p. 1.

É assim que se assiste no início do séc. XXI em Portugal (e não só) a um ritmo galopante do aumento do endividamento das famílias.

Surge o sobreendividamento, de dramáticas consequências sociais, particularmente evidentes após a eclosão da crise financeira global a partir de finais de 2007¹⁰.

O crédito passa a desempenhar, já não a função de permitir ou antecipar o acesso a bens ou serviços de valor mais elevado, outrora reservados a classes socioeconomicamente favorecidas, mas de gestão de despesas correntes. Contraem-se créditos para pagamento de créditos, com o inevitável efeito “bola de neve”¹¹.

O incumprimento em larga escala no crédito à habitação leva as instituições financeiras a moverem massivamente procedimentos executivos¹² em cuja sede frequentemente adquirem o imóvel hipotecado, porém, por valor que não permite a extinção da dívida¹³. Os bancos passam a deter um vasto património imobiliário que se desvaloriza diariamente, sem lograrem a sua liquidação, agravando, desta forma, a sua situação financeira.

O recurso ao processo de insolvência por pessoas singulares – previsto no CIRE (DL 53/2004, de 18.03) – antes quase inexistente, assume proporções significativas¹⁴.

10 Comunicação da Comissão Europeia ao Conselho Europeu da Primavera “Impulsionar a retoma europeia”, de 04.03.2009, /*COM/2009/0114 final*/.

11 C. FRADE, *Desemprego e*, cit., p. 183-184.

12 A que, face ao seu volume, o sistema judicial se encontra impossibilitado de dar resposta eficaz. Segundo ANA CABRAL, *A ligação entre o sistema de justiça e o sobreendividamento*, gral.mj.pt/userfiles/Artigo_Newsletter_Sobreendividamento.pdf (ac. 05.06.2012), p. 2, nota 4, as execuções para cobrança de dívidas foram, em 2005, 2006 e 2007, respetivamente, 41,1%, 36,1% e 36,9% das ações judiciais.

13 Neste contexto surge em 2012 uma decisão judicial, de grande impacto mediático (proferida num processo de inventário subsequente a divórcio) apontando para a extinção da dívida pela adjudicação ao credor do imóvel hipotecado (disponível em inverbis.pt), que mereceu nota crítica de ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Ipsa Jure* 36, maio 2012, oa.pt.

14 Nos Juízos Cíveis do Porto (cuja competência para processo de insolvência se restringe a pessoas singulares cuja massa insolvente não integre uma empresa) em 2007 entraram 26 processos de insolvência, em 2008, 38 processos, em 2009, 70 processos, em 2010, 120 processos, em 2011, 235 processos e em 2012, os dados disponíveis até setembro mostram já 454 processos entrados. Os insolventes, se inicialmente eram sobretudo representantes legais de empresas já declaradas falidas ou insolventes, garantes pessoais das dívidas daquelas, são agora, sobretudo desde a eclosão da crise financeira, particulares sobreendividados (dados obtidos diretamente).

3. Crédito ao consumo – evolução do instituto

3.1. No direito comunitário

A) Diretiva 87/102/CEE do Conselho de 22.12.1986

O processo que originou a Dir. 87/102 iniciou-se em 1975 com o Programa Preliminar da CEE para a protecção e a informação dos consumidores¹⁵, seguindo objetivos traçados na Cimeira de Paris de outubro de 1972: a protecção dos interesses económicos dos consumidores “contra condições de crédito abusivas”, mediante “harmonização das condições gerais”, a necessidade de “comunicar ao consumidor os custos reais do crédito, nomeadamente a taxa anual de encargos efectiva” e a harmonização do método de cálculo do custo do crédito¹⁶.

A Dir. propôs-se contribuir para o bom funcionamento do mercado interno europeu na área do crédito ao consumo através da harmonização legislativa – a diversidade de legislações internas dos Estados membros colocava grandes obstáculos à atividade transfronteiriça – e para um maior nível de protecção dos consumidores, que, fomentando a confiança, estimulasse o mercado¹⁷.

Porém, a regra da unanimidade então em vigor no funcionamento das instâncias comunitárias (regra já alterada aquando da Dir. 2008/48) dificultava a obtenção de consenso alargado a várias matérias. Assim, após longo processo legislativo, de certo modo, a Dir. 87/102 nasceu já algo desatualizada.

Daí que, na transposição, a maioria dos Estados membros tenha recorrido à cláusula mínima (art. 15) adotando soluções mais protetoras dos interesses do consumidor, subsistindo as divergências legislativas a nível europeu.

Quanto ao dispositivo, a Dir., depois de abordar conceitos básicos como os de consumidor, credor e contrato de crédito (art.2), regula a publicidade (art.3), ressalvando a aplicabilidade da Dir. relativa à publicidade enganosa¹⁸ e impondo a indicação da TAEG.

15 JO C 92 de 25.04.1975.

16 Parecer da Comissão do Meio Ambiente, da Saúde Pública e da Defesa do Consumidor, anexo ao Relatório da Comissão dos Assuntos Jurídicos e do Cidadão referente ao relatório da Comissão Europeia sobre a aplicação da Dir. 87/102/CEE (COM(95)0117 – C4 – 0185/95, p. 24; *Report on*, p. 12.

17 Segundo o *Report on*, p. 11, a Dir. terá visado mais a eliminação das distorções de concorrência provocadas pelas discrepâncias legislativas entre os Estados membros, do que propriamente intuítos de protecção do consumidor.

18 Dir. 84/450/CEE do Conselho, de 10.09.1984, atualmente revogada pela Dir. 2006/114/CE do PE e do Conselho, de 12.12.2006.

O contrato deve observar a forma escrita, com entrega de cópia ao consumidor (art. 4/1 e 2) contendo a TAEG e as condições da sua alteração (cujo método de cálculo ainda não se encontrava harmonizado a nível europeu¹⁹), bem como “as outras condições essenciais do contrato” – n. 3, de que consta em anexo uma lista exemplificativa (menções na sua maioria adotadas pelos Estados Membros).

O art. 12 prevê um controlo insuficiente da atividade de mutuantes e intermediários, através de três opções facultativas, tendo alguns Estados consagrado sistemas mais exigentes (Bélgica).

As disposições da Dir. são imperativas, salvo em benefício do consumidor (art.s 14 e 15).

O período de reflexão foi uma das soluções mais protetoras espontaneamente seguidas (foi o caso de Portugal; a Dir. apenas prevê, em anexo – 1.2.vii –, a sua indicação, *caso exista*).

De relevo é a adoção pela lei belga de 12.06.1991 (art. 10) da obrigação pré-contratual de prestação recíproca entre mutuante e consumidor de informações prévias sobre a capacidade financeira do segundo. Solução semelhante adota a lei holandesa de 04.07.1990, com obrigatoriedade de informação dos motivos da eventual recusa do crédito.

Entretanto, o endividamento excessivo a nível europeu começa a fazer-se notar: referido como “um problema novo”²⁰, torna-se motivo de “apreensão” o “crescente volume de crédito concedido aos consumidores”²¹.

A prevenção do sobreendividamento – tido como interesse a prosseguir pelas instâncias comunitárias – é ainda vista como implicando uma “possibilidade” (que não um dever) de as instituições de crédito se informarem sobre a solvabilidade dos seus clientes²².

O Documento de Síntese da CE²³ salientou a desatualização da Dir. 87/102 face à evolução do mercado²⁴, reconhecendo a importância do crédito ao consumo no sobreendividamento²⁵ e a conveniência de medidas preventivas.

Delineia-se a obrigação de contração responsável de empréstimos a cargo do consumidor²⁶.

19 Objetivo sucessivamente prosseguido pelas Dirs. 90/88/CEE do Conselho de 22.02.1990 e 98/7/CE do PE e do Conselho de 16.02.1988, que alteraram a Dir. 87/102.

20 Exposição de motivos do Relatório referente ao Relatório, p. 15

21 Parecer da Comissão do Meio Ambiente, cit., p. 25.

22 Proposta de Resolução no Relatório referente ao Relatório, p. 7.

23 V. http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/fin_serv/cons_directive/cons_cred1a_pt.pdf (ac. 22.05.2012).

24 *Questions and answers on consumer credit*, 13.11.2002, MEMO/02/252.

25 Fenómeno apelidado de “colateral” na Exposição de motivos do Relatório da Comissão dos Assuntos Jurídicos, p. 9.

B) Diretiva 2008/48/CE do Parlamento e do Conselho, de 23.04

A Dir.2008/48, visando incrementar a harmonização legislativa, a fim de evitar distorções de concorrência para os mutuantes no espaço europeu²⁷, e uma maior proteção do consumidor, adota a regra da harmonização máxima (art. 22/1)²⁸.

Perante o aumento preocupante do sobreendividamento (eram já visíveis as consequências da crise dos “*subprime*” nos EUA), afirma-se expressamente o princípio do empréstimo responsável, ao qual a Proposta/2002 dedica extensas considerações, definindo-se o intermediário de crédito (art. 2/d), consagrando-se deveres específicos desta entidade (art. 29): indicação da sua qualidade e poderes, comunicação a “todos os mutuantes solicitados o montante total do crédito das outras ofertas de crédito que pediu ou recebeu em benefício do mesmo consumidor ou garante, durante os dois meses anteriores à celebração do contrato de crédito” – al. b), para “evitar que o intermediário incite o consumidor a celebrar um contrato que ultrapasse a sua capacidade de reembolso ou que realize um agrupamento de dívidas prejudicial ao consumidor, nomeadamente pela apresentação simultânea de dois ou três pedidos de crédito, solicitando o montante total do crédito junto de vários mutuantes”²⁹; obrigando-se a registo mutuantes e intermediários – art. 28.

O dever de avaliação de solvabilidade surge, porém, na Proposta/2002, mais como limitação do que imposição: o art. 6, apelando aos princípios da adequação e da proporcionalidade, restringe o pedido de informações ao consumidor às que sejam “adequadas, pertinentes e não excessivas”, tutelando a intimidade da vida privada (os art.s 7 e 8/3 proibem a utilização dos dados pessoais recolhidos para outro fim que não o da avaliação da solvabilidade); prevê-se o dever de o consumidor ou garante fornecerem estas informações de forma exata e completa.

26 Report on, p. 53. Obrigação já prevista p. ex. no Reino Unido.

27 Mantinha-se escassa a concessão direta de crédito transfronteiriço, registando-se sobretudo abertura de filiais e sucursais noutros estados membros. V. *Establishment of*, p. V; *Report on*, p. 30.

28 Mas deixando liberdade aos Estados membros em vastas áreas, originando dúvidas sobre a real concretização do objetivo de harmonização legislativa. V. ALAIN GOURIO, «La réforme du crédit à la consommation», *La Semaine Juridique – Édition Entreprise et Affaires*, 29, 22.07.2010, p. 8. No mesmo sentido GIOVANNI DE CRISTOFARO, «La Nuova Disciplina Comunitaria del credito al Consumo: La Direttiva 2008/48/CE e l' Armonizzazione »completa» delle disposizioni nazionali concernenti «taluni aspetti» dei «contratti di credito ai consumatori», *Rivista di Diritto Civile*, 3, Padova, 2008, p.267-269.

29 Análise do art.29, Proposta/2002.

Acresce um dever de aconselhamento: de procura do produto mais adequado à situação, necessidades e finalidades do cliente – n. 3.

O art. 8 obriga à existência e consulta de bases de dados de tipo negativo e admite bases de tipo positivo – n. 4³⁰.

Alarga-se o âmbito das menções contratuais obrigatórias (art.s 10, 21 e 25) e consagra-se o período de reflexão (art.11) e o método de cálculo da TAEG (art. 12).

O art. 31, determinando a adoção de sanções para a violação das disposições nacionais de transposição, sugere: “perda de juros e de despesas para o mutuante e a manutenção do benefício de pagamento escalonado do montante total do crédito pelo consumidor no caso de o mutuante não respeitar as disposições relativas ao empréstimo responsável”, versão que não transitou, no entanto, para o texto definitivo (art. 23).

Em 20.04.2004 o PE³¹ introduz alterações à Proposta, aditando ao art. 1, quanto ao objeto da diretiva, a “finalidade (*de*) reforçar a protecção dos consumidores, evitar o sobreendividamento”. A avaliação da solvabilidade – parte integrante do princípio do empréstimo responsável, este a cargo de mutuante e consumidor – surge expressamente como dever do primeiro – art. 6/1.

Em 28.10.2004 a CE aprova uma Proposta alterada³², acolhendo algumas destas alterações, concentrando-se “nas exigências relativas à informação pré-contratual e contratual”. Quanto ao empréstimo responsável, porém, recua-se no conceito e afirma-se que “os mutuantes devem avaliar a solvabilidade do consumidor com base na informação por ele fornecida e, se necessário, através da consulta de bases de dados” (4.3.4.).

Em 07.10.2005 surge uma terceira Proposta³³, afirmando a obrigação do mutuante de avaliar a solvabilidade do consumidor – art. 5/1; atendendo, porém, a solicitações do setor bancário, o âmbito do dever de aconselhamento é restringido: a decisão final sobre a contratação do empréstimo cabe ao consumidor, apenas incumbindo ao mutuante o dever de fornecer àquele toda a informação necessária à avaliação da adequação das ofertas

30 A análise do art. 8 aponta para um dever de abstenção que não chega a ser afirmado no texto final: “o mutuante poderá ser simultaneamente responsabilizado através de sanções civis ou comerciais sempre que, na sequência da informação recebida, devesse, de acordo com um critério de razoabilidade, abster-se quanto à concessão de um novo crédito.”

31 P5_TA(2004)0297, Crédito aos consumidores, Resolução legislativa do PE sobre uma proposta de directiva do PE e do Conselho relativa à harmonização das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de crédito aos consumidores (COM(2002) 443 _C5-0420/2002 _ 2002/0222(COD)); JOUE C 104 E/233.

32 COM(2004) 747 final.

33 COM(2005) 483 final.

disponíveis às suas necessidades e finalidades e a uma decisão esclarecida³⁴. Desaparece do art. 1 o objetivo de “prevenção do sobreendividamento”.

Na posição comum do Conselho, de 20.09.2007³⁵, o princípio do empréstimo responsável deixa de merecer referência expressa no articulado – por “se considerar que criava alguma incerteza jurídica”³⁶ –, constando, porém, do art. 8 a obrigação de avaliação da solvabilidade do consumidor³⁷.

Alarga-se a informação pré-contratual e contratual ao consumidor, advertindo-se para as consequências do incumprimento (art.s 5/ 1/m e 10/2/m).

A supervisão é restringida aos mutuantes, realizada por entidade independente das instituições financeiras.

A versão final surge em 2008, resultando de compromissos obtidos entre os interesses das partes visadas. As soluções inicialmente pretendidas, mais ambiciosas em vários pontos, tiveram de recuar na sequência de tal postura de compromisso³⁸.

De relevante, no âmbito deste trabalho, há a realçar que a publicidade, visando a transparência (art. 4), obriga à informação da TAEG, de modo a possibilitar ao consumidor o conhecimento do custo efetivo do crédito e a comparação entre ofertas³⁹ – e da necessidade de contratação de serviço acessório cujo custo não possa ser antecipadamente determinado. A informação pré-contratual, normalizada⁴⁰ deverá permitir ao consumidor comparar diversas ofertas e tomar uma decisão esclarecida (art. 5/1), incumbindo ao mutuante (n. 6) fornecer-lhe explicações adequadas “de modo a colocá-lo numa posição que lhe permita avaliar se o contrato de crédito proposto se adapta às suas necessidades e situação financeira”. A avaliação de solvabilidade ocorrerá previamente à contratação ou aquando de aumento significativo do montante do crédito (art. 8), com base em

34 Exposição de motivos, 5.4; art. 5/5.

35 CONSOM 69 JUSTCIV 147 CODEC 583.

36 Nota Justificativa do Conselho, p. 5.

37 A solução obteve aceitação da CE por o Conselho ser “favorável à obrigação de Estados-Membros garantirem que os mutuantes forneçam explicações adequadas ao consumidor, de modo a colocá-lo numa posição que lhe permita avaliar se o contrato de crédito proposto se adapta às suas necessidades e situação financeira [n. 6 do artigo 5].” – Comunicação, p. 5.

38 Tendência de recuo apontada, entre outros, por GIUSEPPE CARRIERO, «Nuova disciplina del credito al consumo: linee d’indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi», *Rivista di diritto civile*, 5/2009, Parte II, Commenti, p. 513-517, referindo o abandono da proteção dos garantes, a vaga prevenção do sobreendividamento pela obrigação de avaliação de solvabilidade sem recurso obrigatório a bases de dados e insuficientes exigências impostas aos intermediários de crédito e considerando que a diretiva fica, assim, atrás da lei interna italiana, determinando a harmonização máxima uma redução do nível de proteção do consumidor.

39 GRAVATO MORAIS, «Do Regime Jurídico do Crédito ao Consumo», *Scientia Iuridica*, T. XLIX, 2000, ns. 286/288, p. 389.

40 Formulário sobre Informação Normalizada Europeia em matéria de Crédito aos Consumidores, no Anexo II.

“informações suficientes” prestadas pelo consumidor ou “se necessário, com base na consulta da base de dados relevante”.

A forma contratual é o suporte papel ou outro duradouro (alternativa adaptada às características da contratação à distância), com extensas e porventura excessivas menções obrigatórias – art.10/1 e 2.

Estipula-se o período de retratação de 14 dias de calendário (art.14/1).

O mutuante deve (art. 18) “em caso de ultrapassagem de crédito significativa que se prolongue pelo período superior a um mês” informar “sem demora” o consumidor, em papel ou noutra suporte duradouro, da dita ultrapassagem e seu montante, da taxa devedora aplicável e de eventuais sanções.

O método de cálculo da TAEG consta do art.19 (e Anexo I⁴¹), visando abranger os elementos de custo relevantes⁴².

A supervisão é restrita aos mutuantes, deixando de fora os intermediários de crédito, para quem o art. 21 estipula obrigações específicas de informação.

As sanções devem tão-só ser “efectivas, proporcionadas e dissuasivas” (art. 23), deixando-se a sua concretização ao critério dos legisladores internos.

As insuficiências da Dir. à luz do contexto decorrente da crise financeira global foram incisivamente apontadas pelo CESE⁴³.

Prosseguindo a afirmação do princípio do empréstimo responsável a CE aprovou uma Proposta de Diretiva relativa aos contratos de crédito para imóveis de habitação em 31.03.2011⁴⁴, que reconhece a contribuição do comportamento irresponsável de alguns intervenientes no mercado de crédito para o eclodir da crise financeira internacional e procura expressamente evitar o sobreendividamento, indo mais longe nas medidas propugnadas.

41 A parte II do anexo I foi alterada pela Dir. 2011/90/EU, de 14.11.2011, JO n. L 296 de 15.11.2011, p.35–37.

42 A informação da TAEG é manifestação do princípio da transparência quanto à indicação do preço – v. SOUSA RIBEIRO, «O princípio da transparência no direito europeu dos contratos», in *Estudos de Direito do Consumidor*, 4, 2002, FDUC, Centro de Direito do Consumo, p. 153.

43 Acesso ao crédito para os consumidores e as famílias: Práticas abusivas (parecer de iniciativa), JOUE C18/24 de 19.01.2011: necessidade de medidas de educação financeira dos consumidores, de luta contra as práticas “predatórias e usurárias” (1.5.), de definição de requisitos de registo dos intermediários, prevenção de comportamentos estimuladores do sobreendividamento relacionados com emissão de cartões de crédito, procedimentos comuns a nível europeu para o tratamento do sobreendividamento e assistência às suas vítimas; insuficiente dever de assistência, etc.

44 COM(2011) 142 final 2011/0062 (COD) C7-0085/11.

3.2. Em Portugal

A) Legislação anterior ao DL 133/2009

Numa fase inicial, a disciplina a ter em conta versava sobre venda a prestações e locação-venda: art.s 934 e 936/2 do CC⁴⁵ e alguns diplomas avulsos (DLs 490/71, de 10.11⁴⁶, 451/75, de 21.08 e 457/79, de 21.11 e Port. 549/75 de 11.09, 72/77 de 12.02, 602/79, 4/80, de 03.01, 62/80, de 27.02, de 21.11).

Regulando o crédito ao consumo e transpondo a Dir. 87/102, o DL 359/91 definiu conceitos (art. 2) como contrato de crédito e consumidor, TAEG e método de cálculo (art. 4 e anexo 1), indo, em alguns pontos mais longe do que a Dir. ao abrigo cláusula mínima. Apesar de então ainda não se fazerem sentir, ao menos como agora, as exigências determinativas do crédito responsável, o diploma já continha disposições com relevo para a adoção de uma conduta responsável das partes na contratação^{47/48}: forma escrita (e entrega de cópia ao consumidor simultânea à assinatura), menção da TAEG – entre outras referências importadas do Anexo da Dir. (art. 6/2 a 4; art.s 13 e 14) – destacando o real custo do crédito, inclusive na publicidade (art. 5), controlo ainda leve dos mutuantes, período de reflexão (art. 8 - renunciável no caso de entrega imediata do bem financiado, limitando a eficácia do preceito⁴⁹).

A inobservância das exigências formais é sancionada com invalidade (art. 7), variando a sanção (nulidade só invocável pelo consumidor – atípica ou mista - anulabilidade ou “inexigibilidade” dos elementos omitidos) consoante a infração.

Prevía-se responsabilidade contraordenacional (art. 17) para a violação de diversas disposições, irrenunciabilidade dos direitos atribuídos ao consumidor (art. 18/1) e irrelevância da fraude à lei (art. 19).

45 V. P. LIMA e A. VARELA, *CC Anotado*, II, 3ª ed., Coimbra Editora, p.233-253.

46 Cujo Preâmbulo declara já visar “também a defesa dos compradores, a quem se pretende garantir o esclarecimento acerca do real alcance das condições acordadas”.

47 Que, através de exigências de transparência, sobretudo em sentido “formal” (S. RIBEIRO, loc. cit., p.145) visavam tutelar a autodeterminação do consumidor, compensando a pressuposta assimetria informativa em seu detrimento verificada nesta área (por isso campo privilegiado de vigência do princípio da transparência; *idem*, p. 138).

48 Também o Anteprojeto do Código do Consumidor, tratando da “Concessão de Crédito” nos art.s 282 a 312, não faz referência ao dever de avaliação da solvabilidade. Sobre o tema, MENEZES LEITÃO, «O crédito ao consumo: o seu regime actual e o regime proposto pelo Anteprojecto do Código do Consumidor», *Sub Judice* 36, 2006, p. 9-17.

49 G. MORAIS, loc. cit., p. 398, nota 68.

B) DL 133/2009

Atendendo ao princípio da interpretação do direito interno em conformidade com o direito comunitário⁵⁰, é à luz das considerações tecidas aquando da descrição do processo legislativo da Dir. 2008/48, de particular relevo para os elementos teleológico e sistemático, que deve ler-se o diploma português.

Sendo a Dir. de harmonização máxima, nas áreas abrangidas ficou o legislador interno impedido de adotar soluções diversas, mesmo em benefício do consumidor, resultando, assim, o diploma mais coincidente com o texto comunitário do que sucedia com o DL 359/91 relativamente à Dir. 87/102.

O art. 4 fornece noções básicas, como a de consumidor – pessoa singular⁵¹ que atua com fins alheios à sua atividade profissional – noção restrita, em consonância com o art. 3/a da diretiva⁵²; mediador de crédito, figura que coloca questões desde os requisitos a exigir para o exercício da atividade⁵³ aos conflitos de interesses desencorajadores do cumprimento do dever de averiguação da solvabilidade⁵⁴ e a quem o art. 25, visando algum controlo da sua atividade impõe a indicação dos poderes detidos e da taxa a cobrar ao consumidor pela sua remuneração, a incluir na TAEG. Controle que, decalcado da Dir., ficou aquém do inicialmente projetado⁵⁵. É prevista a futura regulamentação desta atividade.

A supervisão dos credores cabe ao BP (DL 298/92, de 31/12; art. 20 da Dir.).

50 Sobre o princípio da interpretação conforme, LUÍS FILIPE SOUSA, «Breve Itinerário pelo Direito Comunitário do Consumo», *Sub Iudice* 36, 2006, p. 60.

51 Afastando a discussão sobre a abrangência das pessoas coletivas a que conduz o art.1/a do DL 67/2003 (e o art.2/1 da Lei 24/96) – v. CALVÃO DA SILVA, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas, Conformidade e Segurança*, 5ª ed., Almedina, p. 121 e 143; incluindo as pessoas coletivas, na lei anterior, J. PEGADO LIZ, *Introdução ao Direito e à política do consumo*, 1999, Notícias Editorial, p.185-210.

52 Na “atuação com finalidades mistas” - crédito simultaneamente para uso particular e profissional - propõe GRAVATO MORAIS o critério do “fim predominante” – *Crédito aos Consumidores, Anotação ao Decreto-Lei 133/2009*, Almedina, 2009, p.26. A lei não resolve, não chegando à versão final da Dir. as sugestões de consagração expressa do critério predominante, adotado em alguns estados membros.

53 European Commission Internal Market and Services DG Financial Institutions Retail Issues, consumer policy and payment systems, Brussels, 15 June 2009, *Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU*, http://ec.europa.eu/internal_market/ (ac. 20.03.2012), p. 8 e 14.

54 Propõe-se na *Public Consultation*, p. 14, que a remuneração destes agentes dependa, não da celebração dos contratos de crédito mas do seu cumprimento pelo consumidor, referindo-se países (Holanda) em que a remuneração é paga escalonadamente ao longo do período de cumprimento do contrato e na dependência deste. No mesmo sentido, *Report on*, p. 82.

55 A Prop. crédito imobiliário coloca exigências de regulamentação e supervisão e estipula critérios de remuneração escalonada ao cumprimento do contrato.

Na fase pré-contratual, merecem ser destacados os arts. 6, 7, 10 e 11. No primeiro exige-se a prestação de informação pré-contratual normalizada que permita ao consumidor comparar diferentes ofertas⁵⁶, incidindo no real custo do crédito (al.s a-m), consequências da falta de pagamento e resultado da consulta à base de dados para verificação de solvabilidade. O art. 7 consagra o dever de assistência⁵⁷, nos termos restritos (face ao inicialmente projetado⁵⁸) resultantes do art. 5/6 da Dir. 2008/48: dever de esclarecimento qualificado destinado a habilitar o consumidor a uma decisão ponderada e esclarecida, e a cumprir, por seu turno, a obrigação de contração responsável do empréstimo⁵⁹.

O art. 8 coloca exigências de informação pré-contratual a certos tipos de contratos de crédito, delas isentando o art. 9 os fornecedores (mediadores de crédito a título acessório), mas não o credor.

O dever de avaliação da solvabilidade do consumidor surge nos art.s 10 e 11, transpondo o art. 8 da Dir.: dever a observar na fase pré-contratual, renovado na vigência do contrato se e quando se perspetive aumento do montante total do crédito (n. 4).

A versão original do art. 10 obrigava à consulta da CRC: a versão de 2010 prevê apenas a consulta de “bases de dados de responsabilidades de crédito” “se necessário”, e a obtenção de informações “que para tal sejam consideradas suficientes”, junto do consumidor.

Os motivos da recusa do crédito que decorram da consulta de bases de dados serão comunicados (n.3), permitindo a sua sindicância e prevenindo critérios discriminatórios⁶⁰. Tal como sucede com os deveres anteriormente mencionados e decorre de exigências de tutela do consumidor, o ónus da prova do cumprimento do dever é imposto ao credor (n. 5).

56 Ressaltando a função instrumental da transparência (expressão de S. RIBEIRO, loc. cit., p. 147), como meio de atingir o objetivo da concessão e contração responsável de crédito.

57 O BP, no Relatório de avaliação do impacto do DL 133/2009, Lisboa, 2011, clientebancario.bportugal.pt, p.36, explicita que “a entrega da FIN corretamente preenchida e a explicação das características essenciais dos produtos de crédito propostos, descrevendo os riscos específicos para o consumidor, incluindo as consequências de um eventual incumprimento” se consideram “exigência mínima” do cumprimento do dever de assistência.

58 Neste sentido, referindo-se ao preceito francês – art. L. 311-8 do Code Cons., na redação da Loi n° 2010-737 de 01.07.2010, que transpôs a Dir., afirma A. GOURIO, *La réforme du crédit*, cit., p.13, que a “obrigação de explicação” se integra na “categoria geral das obrigações de informação” e “exclui um dever de conselho que conduziria o mutuante ou o intermediário a guiar a escolha do mutuário recomendando-lhe o tipo de crédito ou a modalidade financeira”.

59 MÁRIO FROTA, «Do regime jurídico do crédito ao consumidor na União Europeia e seus reflexos em Portugal: a inversão do paradigma», *RLBDC*, I, 1, 2011, p. 53, fala em dever de “descodificar” as fórmulas adotadas ao consumidor. A proposta de diretiva sobre crédito imobiliário propõe-se sancionar o incumprimento pelo consumidor do dever de contração responsável de empréstimos.

60 V. Report on, p. 86.

O art. 11 proíbe a discriminação de credores no acesso às bases de dados e introduz medidas de tutela dos dados pessoais, remetendo para a LPDP (Lei 67/98, de 26.10) e o DL 204/2008, de 14.10 e estipulando que as informações obtidas se destinam aos credores, sendo-lhes “vedada a sua transmissão a terceiros”.

Na fase contratual, além da forma (papel ou outro suporte duradouro) consagra o art. 12 (para a facilidade de descoberto, v. art. 15) um conjunto de menções obrigatórias (às exigências do art. 6 acrescentando outras), a entrega de exemplar do contrato no momento da sua assinatura⁶¹ a todas as partes, incluindo o garante (o que não consta do art. 10/1 da Dir.). Acresce a exigência de informação relativa à taxa nominal e suas alterações (art. 14).

O credor deve informar da ultrapassagem do limite de crédito em conta corrente, quando “significativa”⁶² e se prolongue por mais de um mês, seu montante, taxa nominal e eventuais sanções (art. 23/3).

A inobservância destas exigências é sancionada (art. 13) com invalidade (mista) do contrato, tal como na lei anterior, de diversa natureza (nulidade, anulabilidade ou inexigibilidade) consoante a gravidade da infração, vício só invocável pelo consumidor e que se presume imputável ao credor (n. 5).

Tutelando o consumidor, permite-se-lhe aproveitar o contrato, em condições mais favoráveis, como a manutenção do benefício do prazo, redução do preço ao valor a contado ou ao crédito concedido (n.s 6 e 7, solução sem correspondência na Dir., mas próxima de soluções propugnadas nos trabalhos preparatórios)⁶³.

Pormenoriza-se o direito de livre revogação (art. 17), imotivado, apenas sujeito a exigências formais (n. 3) e a prazo 14 de dias de calendário (n. 1).

O conceito e método de cálculo da TAEG constam dos art.s 4/1/i e 24 e Anexo I.

Dos art.s 26, 27 e 30 resulta a irrenunciabilidade dos direitos conferidos ao consumidor, a nulidade da fraude à lei e a punição contraordenacional, segundo o RGICSF ou o RGC, consoante a natureza do agente.

61 O que, para G. MORAIS, *Crédito*, cit., p.63, induz à reflexão.

62 Para G. MORAIS, *Crédito*, cit., p. 108, significativa será a ultrapassagem superior a 20% do montante do crédito concedido.

63 E das soluções belga e francesa para o incumprimento do dever de avaliação da solvabilidade.

4. O princípio do crédito responsável

4.1. Considerações gerais

O princípio do crédito responsável almeja decisões livres, ponderadas e esclarecidas, presumivelmente potenciadoras da contratação adequada e não lesiva dos interesses das partes – designadamente do consumidor, tido como parte mais fraca⁶⁴.

Mais amplo do que a avaliação de solvabilidade, mas pressupondo-a de modo essencial, o princípio postula a concessão de informação adequada, completa e verdadeira de parte a parte.

Em vista de um maior equilíbrio entre as partes – pela correção da pressuposta assimetria informativa e negocial – ganham relevo as obrigações de informação pré-contratual a cargo dos mutuantes e a educação financeira dos consumidores^{65/66}.

Porém, não sendo estas suficientes para evitar a concessão e contração irresponsável de crédito, o princípio implica ainda a imperatividade da averiguação da capacidade financeira do consumidor para cumprir o compromisso assumido: o dever funciona assim como cláusula de salvaguarda.

A avaliação da solvabilidade era já prática seguida no setor do crédito – o dever era legalmente previsto em alguns estados membros (Holanda, Bélgica, França)^{67/68}. A evolução do mercado mostrou, no entanto, a necessidade da consagração legal generalizada⁶⁹.

64 Empréstimo responsável significa (*Public Consultation*, p.3) que “os produtos de crédito são apropriados às necessidades dos consumidores e feitos à medida da sua capacidade de reembolso”.

65 V. *Establishment of a Benchmark*, cit., p. 10 e 84-85; Parecer do CESE, cit..

66 V. BP, Relatório de avaliação, cit., p. 106.

67 *Sub Judice* 36, p. 81; Documento de Síntese, p. 12.

68 *Report on*, p. 52-53, propondo para o incumprimento das obrigações do mutuante – que incluem a aferição da adequação do produto de crédito às circunstâncias financeiras do consumidor, o dever de apenas fazer uma oferta de “que esteja razoavelmente seguro que o consumidor conseguirá cumprir as obrigações decorrentes do contrato” e o ónus “sobre o credor de tomar medidas necessárias e suficientes para avaliar os riscos correspondentes” – a isenção da totalidade ou parte dos juros de mora e redução das responsabilidades do consumidor ao preço à vista do bem ou serviço ou do valor emprestado. É solução semelhante à do art. 13/7 do DL 133/2009 para as situações em que o consumidor opta por aproveitar o contrato inválido.

69 A averiguação colocava questões (p. ex. salvaguarda da privacidade e prevenção da discriminação) que igualmente aconselhavam a regulamentação. Segundo A. GOURIO, a banca francesa já observava a prática, resultante de jurisprudência da Cour de Cassation, que incluía o dever de avaliação de solvabilidade na obrigação de *mise en garde*, esta implicando “advertir o mutuário de um risco específico de endividamento resultante da concessão de crédito”; loc. cit., p. 13. Para OUALID MADJOUR, *La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit: Étude de droit comparé français-algérien*, Thèse de doctorat en droit privé, 2009, Université Jean Moulin Lyon 3, http://theses.univ-lyon3.fr/documents/lyon3/2009/madjour_o/pdfAmont/madjour_o_partie1.pdf (ac. 05.06.2012), p. 183, nota 705, a

O princípio funciona numa dupla vertente – concessão (para o mutuante) e contração (para o mutuário) responsável do crédito.

Ao consumidor cabe a obrigação de prestar informações verdadeiras e exatas sobre a sua situação financeira (de particular relevo na ausência de bases de dados positivas)⁷⁰. Bem como uma obrigação de prudência⁷¹ ou mesmo de diligência: o consumidor deverá, porventura num esforço de auto superação “utilizar as informações que lhe são fornecidas e aprender a comparar, escolher, evitar excessos, planificar os seus investimentos”⁷².

Para o mutuante o princípio desdobra-se em obrigações de informação – pré-contratual e contratual, começando na própria publicidade, de assistência e de avaliação de solvabilidade.

Estes deveres são essenciais à tomada pelo consumidor de decisões conscientes e ponderadas e ao cumprimento do seu próprio dever de contração responsável de crédito – daí a proximidade entre o dever de avaliar a solvabilidade e o dever de assistência e a questão da consagração ou não do dever do mutuante de averiguar a adequação do crédito às necessidades e objetivos do consumidor.

A questão da adequação evidencia a ligação – antitética – entre a noção de crédito responsável e a de *crédito excessivo*, determinativa de responsabilidade civil do banqueiro: “um crédito não adaptado à situação do cliente é suscetível de lhe causar um prejuízo”⁷³. O mutuante deverá evitar a concessão excessiva de crédito, observando critérios como a taxa de endividamento, a aptidão do mutuário para a poupança, a sua capacidade de reembolso e rendimento residual (deduzidas as despesas do empréstimo), não lhe podendo ser imputadas “as consequências de acontecimentos imprevisíveis que ocorram durante a execução do contrato” (“teoria da imprevisibilidade”)⁷⁴.

O princípio implica, por outro lado, uma obrigação de meios (não de resultado), de conteúdo complexo, que se decompõe em diversas regras de prudência⁷⁵.

A Prop. crédito imobiliário dá mais um passo, afirmando o dever de atuar em função do melhor interesse do consumidor (art. 5/1); embora não estipulando um dever de

obrigação de *mise en garde* “obriga o banqueiro a não conceder um crédito desproporcionado relativamente às capacidades de reembolso do cliente.”

70 MADJOUR, loc. cit., p. 179.

71 *Public Consultation*, p.10.

72 Exposição de Motivos do Relatório referente ao Relatório, p. 12.

73 MADJOUR, loc. cit., p. 176.

74 Autor e loc. cit., p. 178.

75 Proposta/2002, Análise do art. 9

aconselhamento, regulando a sua prestação (art.17); e consagrando expressamente o dever de recusa do crédito em caso de avaliação de solvabilidade negativa (art. 14/2/a)⁷⁶.

O dever de avaliação de solvabilidade, porventura expoente máximo do crédito responsável, desde logo, face à inserção sistemática, deve considerar-se um dever pré-contratual (ainda que reafirmado na vigência do contrato). Prévio ao dever de informar, é um dever de o financiador se informar, protegendo-o também da sua própria precipitação e avidez, de que depois se vê vítima, impossibilitado de cobrança⁷⁷.

Quanto à questão, prévia, de saber se se trata de um verdadeiro dever jurídico ou tão-só de um ónus, será de optar no primeiro sentido⁷⁸: o credor está obrigado a proceder em conformidade com a imposição legal, sob pena de sanção (ao menos contraordenacional), traduzindo a censura do ordenamento jurídico, não sendo deixado à sua discricionariedade observar ou não um comportamento como condição da obtenção de determinado benefício.

Estamos, pois, perante um dever jurídico de natureza pré-contratual: a observar pelo credor nos *preliminares* do contrato (art. 227 do CC).

São configuráveis deveres pré-contratuais de proteção, informação, lealdade, cooperação, diligência, etc.⁷⁹; trata-se aqui de um dever de diligência sobretudo orientado ao cabal cumprimento da obrigação de informação à contraparte, portanto, um dever de diligência instrutório/preparatório do dever de informação que é o dever de assistência (deveres todos eles também funcionalmente ordenados à proteção do património da contraparte): só conhecendo suficientemente a situação financeira do consumidor poderá o mutuante prestar-lhe as informações necessárias a que este possa, por seu turno, ajuizar da adequação do crédito às suas necessidades e situação.

76 Nega a existência deste dever de abstenção, em face da atual lei, LARA MODICA, «Concessione «abusiva» di credito ai consumatori», *Contratto e impresa*, 2, 2012, p.499-501, reconhecendo sobretudo ao dever de avaliação de solvabilidade um caráter instrumental face ao dever de informação pré-contratual - p.502-503.

77 Porém com riscos reduzidos pela inserção do crédito no mercado financeiro sob forma de derivado, assim potenciando contratações temerárias – v. L. MODICA, *Concessione*, cit, p. 518-519; Prop. crédito imobiliário, p. 2.

78 Sobre a distinção ónus/dever jurídico, BATISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 1990, 19ª Reimpressão, 2011, Almedina, Coimbra, p. 84-85; MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. revista por PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, 2ª Reimpressão, 2012, Coimbra Editora, p. 188; reservando a expressão ao campo processual e designando a figura no plano substantivo “ónus material ou encargo”, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, I*, 3ª ed., 2011, Almedina, p.358-359.

79 MENEZES CORDEIRO, «Concessão de Crédito e Responsabilidade Bancária», *BMJ* 357 (1986), p. 30; idem, *Tratado*, cit., p.505-507, considerando desnecessários, no sistema jurídico português, os deveres de proteção e segurança; FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, 4ª ed., Almedina Coimbra, 2008, p.209-219, defendendo que os deveres de proteção e de segurança devem, no nosso sistema jurídico, caber no âmbito da responsabilidade civil extracontratual.

Afirma-se, assim, a obrigação de *know your customer*, originária do direito americano e ligada à atividade bolsista, introduzida no direito comunitário sob influência anglo-saxónica: o mutuante deverá diligenciar por conhecer a situação pessoal – financeira e não só – do cliente, de modo a evitar a concessão de crédito desadequado às necessidades e objetivos deste, o que pressupõe, por outro lado, uma “obrigação de cooperação a cargo do cliente”, que “deve comunicar ao seu banqueiro informações completas e autênticas”⁸⁰.

É assim que o dever do credor de avaliar a solvabilidade do consumidor pode funcionar como cláusula de salvaguarda, tutelando quer o consumidor, quer o interesse da sociedade em evitar o sobreendividamento, a partir do momento em que já não bastem para o efeito as obrigações de informação e a educação financeira do consumidor.

A consagração deste dever pode suscitar perplexidade e críticas de paternalismo^{81/82}; no entanto, a imposição justifica-se pelo relevo dos interesses tutelados: para além do interesse privado da contraparte (consumidor) está em causa a prevenção do sobreendividamento⁸³, interesse de natureza pública, patente no estabelecimento de responsabilidade contraordenacional.

O dever de avaliar a solvabilidade visa “travar quaisquer laivos de precipitação”⁸⁴ – de consumidor e credor – preenchendo a obrigação que impende sobre o dador de crédito perante a sociedade de conceder crédito de modo responsável, obstando ao avolumar do crédito malparado, dever jurídico de ordem pública.

80 MADJOUR, loc. cit., p. 191-192.

81 Que tal não se pretendia afirmava o Relatório referente ao Relatório, p. 9. Porém, que a tendência legislativa recente é precisamente a de “tratar (o consumidor) como um incapaz impossibilitado de compreender o alcance dos seus atos” afirma STÉPHANE PIEDELIÈVRE, «La réforme du crédit à la consommation», *Recueil Dalloz*, 09.09.2010, 30, p. 1952, a propósito da exigência feita à publicidade pela lei francesa (sem paralelo na Dir.) da referência a “un crédit vous engage et doit être remboursé. Vérifiez vos capacités de remboursement avant de vous engager” – art. L. 331-5 alinéa 6 do Code Cons. na redação da Lei 2010-737, de 01.07.2010.

82 Contrapõe-se em Questions and answers, p. 4, que o consumidor permanece responsável pela decisão de contrair o crédito, estando as instituições de crédito em melhores condições de apreciar os riscos envolvidos.

83 Em causa está também a saúde financeira dos mutuantes, da própria economia e da sociedade como um todo. A Prop. crédito imobiliário/2011 aponta [idem Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão Resumo da Avaliação de Impacto – Documento de Acompanhamento da Proposta de Diretiva, p. 4]: repercussões macroeconómicas, atendendo ao grande relevo do crédito hipotecário na economia da UE em termos percentuais do PIB; menor disponibilidade de crédito para conceder aos mutuários que se proponham atuar responsabilmente, diminuindo o crescimento económico e o consumo, aumentando o desemprego, sobrecarregando os sistemas de segurança social e pressionando os orçamentos públicos ao obrigar os Estados a salvar ou nacionalizar instituições; idem Livro Branco sobre a integração dos mercados de crédito hipotecário da EU, 18.12.2007, COM(2007) 807 final, p. 5 e 9, ainda que reportando-se apenas às ocorrências nos EUA relativas aos créditos hipotecários de alto risco. Na doutrina italiana, porém, posições existem – de que dá conta L. MODICA, *Concessione*, cit., p.494, nota 8 – sustentando que, traído as expectativas dos mutuários, a lei visou sobretudo tutelar o interesse do credor na gestão do risco de crédito.

84 M. FROTA, p. 55.

4.2. O sobreendividamento

Visando o crédito responsável prevenir o sobreendividamento⁸⁵, justifica-se analisar o conceito e abordar os modelos seguidos para o seu tratamento.

Designa-se endividamento o “saldo devedor de um agregado familiar”, tratando-se de multiendividamento quando decorre de mais do que um compromisso de crédito em simultâneo⁸⁶.

Já o sobreendividamento implica uma “situação de impossibilidade duradoura ou estrutural, de proceder ao pagamento de uma ou mais dívidas”.

O sobreendividamento objetivo reporta-se à relação entre receitas e despesas do devedor, atendendo o subjetivo também à incapacidade de cumprir os compromissos financeiros assumidos, incluindo a impossibilidade de “mobilizar meios de terceiros” para o efeito⁸⁷.

Sobreendividamento passivo é o que emerge de circunstâncias imprevisíveis que tornam os rendimentos insuficientes à liquidação dos créditos contraídos, quase sempre um ou mais dos chamados “acidentes da vida” – desemprego, divórcio, doença⁸⁸; o sobreendividamento ativo surge em virtude da assunção negligente de compromissos já previsivelmente superiores às capacidades financeiras do devedor ou de má gestão do seu orçamento⁸⁹. O devedor fica ainda à mercê da flutuação da conjuntura macroeconómica: níveis de taxas de juro, emprego, inflação, etc⁹⁰.

A gravidade das consequências do sobreendividamento⁹¹ tem levado os Estados a procurar soluções de prevenção e/ou o tratamento do fenómeno, mediante diferentes tipos de abordagens, judiciais e extrajudiciais.

85 M. MARQUES e C. FRADE, *Regular o Sobreendividamento*, cit., p. 4.

86 C. FRADE, *Desemprego e Sobreendividamento*, cit, p.15-16, que se segue de perto.

87 Cfr. C. FRADE, *Desemprego*, cit, p. 16 e *Report on*, cit. p.94.

88 V. *Updating and Revising the Consumer Credit Directive (87/102) A General Commented Approach*, Thierry Vissol, Head of unit “financial services”, Directorate General “Health and consumer protection” da CE, p.5; os “três D’s” do sobreendividamento, v. A. CABRAL, *A ligação*, p. 2, nota 2.

89 Revestindo, as mais das vezes, as situações uma natureza mista, de maior ou menor pendor ativo ou passivo: a contração dos créditos não foi inteiramente providente, sobrevivendo depois um “acidente da vida”. Estas considerações assumem relevo, à luz do CIRE, para a qualificação da insolvência e a admissão, desde logo, em sede liminar, do pedido de exoneração do passivo restante (que sendo embora uma transposição do princípio americano do *fresh start*, não é isento de influência do modelo de reeducação). Por isso, C. FRADE afirma que “a linha de fronteira entre sobreendividamento activo e passivo não é nítida” – *Um perfil dos sobreendividados em Portugal*, Observatório do Endividamento dos Consumidores do Centro de Estudos Sociais da UC, 2008, p. 12.

90 C. FRADE, *Um perfil*, cit, p.9.

91 Aumento dos surtos de depressão e consequentes despesas médicas e prestações sociais, desencorajamento da procura de (melhor) emprego por receio de confisco de salário, tudo aconselhando, segundo o *Report on*, p. 95, a existência de um sistema de regulação

Na prevenção destacam-se os programas de literacia financeira e os ficheiros de crédito, que podem ser de tipo negativo, contendo “somente dados relativos aos devedores que incorrem em incidentes de crédito”, ou positivo, incluindo “todo o historial creditício do devedor, mesmo sem situações de incumprimento”⁹².

Na vertente do tratamento, surgiram, tradicionalmente, dois modelos: o designado “*fresh start*” e o da “reeducação”.

O primeiro é característico do direito anglo-saxónico e de sociedades, como a norte-americana que, vendo o sobreendividamento como risco normal e calculado do funcionamento do mercado, procuram não penalizar excessivamente o consumidor que a ele recorreu com insucesso, mas reintegrá-lo quanto antes, para que, enquanto agente económico, volte a consumir. Daí que este sistema se caracterize por soluções mediante as quais “são liquidados os bens do devedor, pagas as dívidas possíveis e perdoadas as restantes. Depois disso, o devedor pode recomeçar a sua vida”⁹³.

O modelo da reeducação é típico de países europeus de tradição católica, que durante mais tempo viram o crédito com reservas e por isso tratam o consumidor como pessoa responsável “que se excedeu, embora tenha sido também em parte ‘vítima’ de um sistema de crédito de fácil acesso e de constantes apelos ao consumo”, merecendo ajuda, sobretudo no caso de sobreendividamento passivo. Sistema fortemente influenciado pelo princípio *pacta sunt servanda*, procura que o devedor pague a maior parte possível das suas dívidas “à custa do seu património presente e dos seus rendimentos futuros, através de um plano escalonado de pagamentos”⁹⁴.

A tendência atual é, porém, a da adoção de modelos mistos, com inclusão de soluções de pendor reeducacional nos sistemas tradicionais de *fresh start* e vice-versa: nos EUA, introduziram-se no Bankruptcy Code disposições (Cap. 13) que, visando contrariar o recurso abusivo ao procedimento de liquidação com imediata exoneração (*discharge*) das dívidas (Cap. 7), exigem para devedores com rendimentos acima de certos limites, a

coletiva dos débitos, permitindo ao devedor “reintegrar-se no mercado de consumo e prevenir a exacerbação de problemas sociais e dos consequentes encargos sobre o Estado.” As graves consequências do sobreendividamento do consumidor “para si mesmo, para as suas famílias, para os credores, para todo o sistema financeiro” são igualmente realçadas por G. CARRIERO, loc. cit., p. 513, que considera importante a adoção de “mecanismos destinados a disciplinar a insolvência do consumidor de maneira específica e rigorosa”, ainda que sustentando que a sede apropriada não será a da disciplina do crédito ao consumo (p. 522).

92 «Endividamento e sobreendividamento das famílias Conceitos e estatísticas para a sua avaliação», Observatório do Endividamento dos Consumidores, Centro de Estudos Sociais da FEUC, 2002, p. 13.

93 M. MARQUES e C. FRADE, Regular o, cit. p. 12.

94 M. MARQUES e C. FRADE, Regular o, cit., p. 12.

apresentação de um plano de pagamentos com duração de cinco anos, durante o qual ficam sujeitos a severas restrições orçamentais.

Em contrapartida, na Holanda só em 1998 foi introduzida a possibilidade da exoneração das dívidas⁹⁵.

O regime francês, de forte componente administrativa, com as “*comissions de surendettement*”, cujos poderes e competências foram reforçados pela transposição da Dir. 2008/48, numa ótica de desjudicialização, prevê um processo de “*rétablissement personnel*” com “*éfacement*” das dívidas, traços de *fresh start* integrados num modelo de reeducação (medidas de educação financeira, acompanhamento social e planos de recuperação sujeitos a prazo de oito anos)⁹⁶.

No Brasil, apesar do preocupante nível de sobreendividamento dos particulares, inexistente ainda uma abordagem legislativa sistematizada do fenómeno, que vem sendo reivindicada⁹⁷.

Em Portugal encontramos algumas vias extrajudiciais, como os meios alternativos de resolução de litígios (Port. 312/2009, de 30.03)⁹⁸, o mediador do crédito (DL 144/2009, de 17/06) – com papel de mediação extrajudicial e de promoção da formação financeira – e, mais recentemente, os procedimentos introduzidos pelo DL 227/2012, de 25.10, dirigidos às instituições de crédito, visando a prevenção e o tratamento dos riscos de incumprimento de contratos de crédito vigentes, manifestando já de modo expresso princípios e soluções surgidos quer no processo que conduziu à Dir. 2008/48, quer na Prop. Crédito imobiliário: dever da instituição de crédito averiguar a adequação da solução proposta à capacidade financeira e necessidades do cliente e o dever deste de agir de forma responsável⁹⁹.

O tratamento judicial do sobreendividamento é previsto no CIRE que, não sendo exclusivamente nem sobretudo pensado para pessoas singulares, contém disposições que

95 Dando conta da progressiva aproximação entre as legislações norte-americana e holandesa, v. JASON J. KILBORN, «The Hidden Life of Consumer Bankruptcy Reform: Danger Signs for the New U.S. Law from Unexpected Parallels in the Netherlands». *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 39, p. 77, 2006, <http://ssrn.com/abstract=772705> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.772705>, acesso em 27.06.2012

96 V. S. PIEDELIÈVRE, loc. cit, p. 2593-2602 e «Les nouvelles règles relatives au surendettement des particuliers», *La semaine Juridique – Édition Entreprise et Affaires*, 29, 22.07.2010, pp.23-29.

97 V. FLÁVIO CITRO VIEIRA DE MELO, «A proteção do sobre-endividado no Brasil à luz do direito comparado», *RBDC*, 1, 2, junho 2011, p. 11-38, propugnando a adoção do modelo francês.

98 Sobre o tema, v. A. CABRAL, loc. cit. p. 4-5. Destacam-se ainda os Gabinetes de Apoio ao Sobreendividado da DECO - *Desemprego e Sobreendividamento*, p. 127

99 Visando situações de incumprimento de crédito à habitação por devedores em situação económica muito difícil, surgiu a Lei 58/2012, de 09.11, que regula, entre outras medidas, a dação em cumprimento do imóvel hipotecado com efeito extintivo da dívida.

lhes são expressamente dedicadas (arts. 235 a 266), prevendo a possibilidade de apresentação de um plano de pagamentos pelo devedor, sujeito a parecer concordante dos credores, ou, na sua impossibilidade, a liquidação do património do devedor, com o pagamento das respetivas dívidas, na medida do possível, à custa deste, traços de mercado pendor reeducacional. O diploma consagra igualmente a possibilidade da exoneração do passivo restante: durante um prazo de cinco anos os rendimentos que o devedor venha a auferir (descontado o mínimo de sobrevivência) são cedidos a um fiduciário, encarregado de efetuar o pagamento das dívidas aos credores, após o que, cumpridas que sejam pelo devedor determinadas obrigações, as dívidas que não tenha sido possível liquidar são judicialmente declaradas extintas (é concedida a exoneração)¹⁰⁰.

Com uma abordagem mais preventiva foi introduzido no CIRE pela Lei 16/2012, de 20.04 o processo especial de revitalização, visando situações de pré-insolvência ou insolvência iminente.

4.3. Critérios de cumprimento

Em cumprimento do dever de apreciação da solvabilidade, cuja prova lhe incumbe¹⁰¹, deve o financiador requisitar ao cliente informação e documentação sobre a sua situação profissional, nível de rendimentos laborais e outros, rendimentos do cônjuge e outras obrigações financeiras que suporte^{102/103}.

Procedimento idóneo à obtenção eficaz de informação sobre solvabilidade é a consulta de bases de dados de crédito¹⁰⁴, como a Central de Responsabilidades de Crédito e

100 O que leva M. MARQUES e C. FRADE, *Regular o*, cit., p. 16, a qualificar o sistema português como “uma versão bastante mitigada” do modelo *fresh start*. Sobre a exoneração, v. CARVALHO FERNANDES e J. LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Reimpressão, Lisboa, 2009, p.777-806.

101 Quanto à prova sugere a análise do art. 8 da Proposta/2002 que “o dono do ficheiro da base centralizada de dados pode conservar uma prova da consulta e transmiti-la, se necessário, ao interessado ou ao tribunal, no caso por exemplo, de a responsabilidade do mutuante ser posta em causa por força das disposições que regulam o ‘empréstimo responsável’”.

102 Fatores apontados na *Public Consultation* 2009, p. 10.

103 A Proposta/2002, Ponto 3 da Ficha de Avaliação do impacto da Proposta sobre as empresas e, em particular sobre as pequenas e médias empresas, para além das indicações já fornecidas na Análise do art. 9, sugere a adaptação da gestão informática e das técnicas de marketing.

104 Segundo a análise do art. 8 da Proposta/2002, “Da noção de ‘empréstimo responsável’ tal como figura no artigo 9º decorre que o mutuante é obrigado a consultar a base centralizada de dados antes de o consumidor ter contraído um crédito ou de um garante se comprometer a assegurar o seu reembolso. É obvio que para o mutuante a consulta desta central constitui apenas uma primeira indicação útil, que deve ser completada por outras medidas...”. No texto final da Dir., o art. 8 apenas prevê a consulta da base de dados “se necessário”. A consulta será, no entanto, um ato de prudência aconselhável e de prova relativamente acessível para o mutuante.

a lista pública de execuções¹⁰⁵. Enquanto esta é uma base de dados de tipo negativo, dado que apenas regista situações de incumprimento existentes (e alvo de execução judicial), a primeira, contendo “informação sobre responsabilidades de crédito efectivas assumidas por qualquer particular, empresa ou outra entidade perante as entidades participantes, independentemente de se encontrarem em situação regular (informação positiva) ou em incumprimento (informação negativa)¹⁰⁶, pode considerar-se como de tipo positivo. Este tipo de registos, apesar das evidentes vantagens para a eficaz avaliação de solvabilidade, suscita dificuldades de aceitação, sobretudo por implicar devassa da intimidade da vida privada¹⁰⁷.

No Relatório de avaliação do impacto do DL 133/2009, o BP declara que “(c)abe, assim, a cada instituição de crédito definir as informações que considera suficientes para avaliar se o consumidor tem capacidade para fazer face ao novo compromisso financeiro. (...) a recolha de documentação junto dos consumidores e a consulta de bases de responsabilidades de crédito com cobertura e detalhe de informação adequados são práticas que facilitam a prova de realização da avaliação de solvabilidade”, propondo-se definir “boas práticas a observar pelas instituições de crédito no que respeita à avaliação da capacidade dos consumidores para suportar as responsabilidades e os encargos resultantes da celebração de um contrato de crédito”¹⁰⁸.

A avaliação de solvabilidade, implicando a revelação de informações pessoais pelo consumidor, pode colocar dificuldades de conciliação com a tutela constitucional da intimidade da vida privada (art. 26/1 da CRP).

A Dir. 2008/48 excluiu as disposições sobre proteção de dados pessoais na medida em que já se encontrassem abrangidas pela Dir. relativa à matéria. O DL 133/2009 adotou a mesma técnica legislativa. É, por isso, à Dir. 95/46/CE de 24.10.1995 e à Lei 67/98 de 26.10 que deve ir procurar-se a disciplina respetiva.

105 A lista pública de execuções é regulamentada pela Port. 313/2009 de 30.03, dela constando o registo das “execuções extintas pelo pagamento parcial da quantia exequenda ou por não terem sido encontrados bens penhoráveis” – art. 1/a.

106 Cadernos do Banco de Portugal 5, Central de Responsabilidades de Crédito, maio 2011, p. 3, bportugal.pt. A CRC é regulada pelo DL 204/2008, de 14.10 e “tem como principal objectivo apoiar as entidades participantes na avaliação do risco de concessão de crédito”.

107 Sobre a discussão em França, onde a lei consagra apenas uma base negativa, mas se estuda a criação de uma base positiva, v. S. PIEDELIÈVRE, *La Reforme*, cit., p. 1956. V. ainda, dando nota da polémica suscitada pelos ficheiros de tipo positivo, «Endividamento e sobreendividamento das famílias Conceitos e estatísticas para a sua avaliação», Observatório do Endividamento dos Consumidores, Centro de Estudos Sociais da FEUC, 2002, p. 13.

108 Relatório, cit., p. 95. A Carta Circular 45/2011/DSC de 28/07 reitera a orientação do relatório.

A questão de saber quais os dados exigíveis ao consumidor e o uso admissível para os mesmos (p. ex. utilização comercial)¹⁰⁹ pode ocasionar um conflito de interesses juridicamente protegidos: de um lado, o interesse do credor em avaliar a solvabilidade do consumidor e da comunidade em prevenir o sobreendividamento; de outro, o interesse constitucionalmente protegido do consumidor na proteção da intimidade da sua vida privada.

Proibindo a divulgação dos dados recolhidos a terceiros, o art. 11/4 do DL 133/2009, remete para a Lei 67/98, designadamente art.s 5, 6 e 7¹¹⁰. Assim, deve considerar-se que a recolha dos dados só poderá visar a avaliação do risco, excluindo-se a sua utilização comercial¹¹¹.

Métodos como o “*credit scoring*”¹¹², apesar de apresentarem inegáveis vantagens práticas, suscitam críticas, pelo seu automatismo e perigos que ocasionam, nomeadamente, de utilização de critérios discriminatórios. Daí a exigência de indicação dos motivos da recusa do crédito, como forma de sindicar a sua legitimidade.

A Prop. crédito imobiliário pormenoriza critérios de cumprimento, dando uma definição de “verificação de solvabilidade” – art. 3/o.

4.4. Consequências do incumprimento do dever de avaliação da solvabilidade

4.4.a) Responsabilidade contraordenacional

A Dir. obriga os Estados a sancionar de forma dissuasora a violação das disposições nacionais de transposição (art. 23). O art. 30 do DL 133/2009 prevê, nesta sequência, responsabilidade contraordenacional para a violação, entre outras, da disposição do art. 10¹¹³.

109 V. Report on, p. 82-83.

110 Consultada sobre a alteração do DL 133/2009, a CNPD, no parecer 1/2010, de 11.01, colocou reservas às disposições dos art. 10/1 e 11/4 (v. cnpd.pt), considerando carecidos de concretização os termos de acesso às bases de dados.

111 V. Report on, p. 82 e ss.: art. 9/4 da Dir 2008/48.

112 V. Report on, p. 84.

113 Análoga é a solução do legislador espanhol (art.s 14 e 34 da Ley 16/2011 de 24.06, de contratos de crédito al consumo).

4.4.b) Consequências civilísticas

O DL 133/2009 não estabeleceu, ao menos de forma expressa, a consequência sobre a relação contratual do incumprimento do dever de avaliação da solvabilidade.

Suponha-se, assim, que um consumidor, tendo celebrado e incumprido um contrato de crédito¹¹⁴ e, vendo-se demandado pelo credor, que oportunamente não avaliou a solvabilidade daquele, pretende, de alguma forma, valer-se desse facto para a sua defesa. Poderá fazê-lo?

Esclareça-se que o incumprimento pode assumir diferentes formas: a celebração do contrato sem qualquer – ou com inadequada – avaliação de solvabilidade ou concessão de crédito (ou de crédito excessivo) perante resultado negativo da avaliação. Já a recusa de crédito perante uma avaliação positiva não parece suscitar o mesmo tipo de problemas por cair, em princípio, no âmbito da autonomia privada (poderia, quando muito, ocasionar responsabilidade pré-contratual por quebra injustificada de negociações).

No caso, habitual, de contratos sob a forma de cláusulas contratuais gerais, terá aplicação o DL 446/85, de 25.10 – art.s 5-9. Haverá ainda de atender ao DL 57/2008 de 26/03 (práticas comerciais desleais) e ao art. 8/5 da LDC (Lei 24/96 de 31.07).

Resta, porém, saber, em face do DL 133/2009, qual a sanção (civilística), se alguma, para o incumprimento do dever de avaliação da solvabilidade.

1. Silêncio eloquente?

Primeira hipótese – na falta de expressa estipulação legal – seria a de o incumprimento do dever de avaliar a solvabilidade não acarretar qualquer consequência ao nível da relação contratual, havendo um silêncio eloquente do legislador nesse sentido¹¹⁵. Seria situação próxima das *lex imperfectae*: “normas cuja violação não importa qualquer tipo de sanção”, ou mais propriamente, dada a sanção contraordenacional, das *lex minus quam perfectae* (que não estipulando a nulidade do ato, preveem, contudo, a aplicação de uma sanção)¹¹⁶.

114 O art. 20 do DL 133/2009, em caso de incumprimento pelo consumidor, introduz limitações à possibilidade de perda de benefício do prazo e de resolução do contrato pelo credor, disposição sem paralelo na Dir. 2008/48.

115 Como escreve B. MACHADO, *Introdução*, cit., p. 201 “importa advertir que há silêncios da lei que podem ser significativos, isto é, podem traduzir uma resposta da lei a certa questão de direito.”

116 B. MACHADO, *Introdução*, cit., p. 96.

Preferível seria que o legislador esclarecesse a consequência civilística a extrair. Para MORAIS DE CARVALHO¹¹⁷ “a eficácia da norma depende de existir a possibilidade de perda do montante do crédito nos casos de incumprimento mais grave da obrigação de avaliar a solvabilidade do consumidor e de perda dos juros nas restantes situações de incumprimento”.

A atribuição do ónus da prova ao credor pelo art.10/5 parece afastar a hipótese de inexistência de sanção civil¹¹⁸. No mesmo sentido apontam a coerência e a unidade do sistema jurídico, atendendo, designadamente, ao comando contido no art. 23 da Dir.

2. Lacuna?

Excluído o silêncio eloquente, poderá questionar-se: ter-se-ia se o legislador esquecido de prever a consequência civilística do incumprimento¹¹⁹?

Uma interpretação extensiva do art. 13/7 parece excessivamente arriscada: se o legislador expressamente previu essa solução para os casos de invalidade ali enumerados e, do mesmo passo, o não fez para a violação do art. 10, inexistente base suficientemente segura para que possa afirmar-se, como é apanágio da interpretação extensiva, que a solução, apesar de não contida na letra da lei, o está no seu espírito (poderia, quando muito, questionar-se, caso se visse a situação como lacunosa, se existiria entre ambas as hipóteses analogia que justificasse a aplicação da mesma estatuição).

Isto remete-nos para a determinação da existência de uma lacuna¹²⁰. Esta ocorre, segundo BAPTISTA MACHADO “quando a lei (dentro dos limites de uma interpretação ainda possível) e o direito consuetudinário não contêm uma regulamentação exigida ou postulada pela ordem jurídica global – ou melhor: não contêm a resposta a uma *questão jurídica*.”

117 OS CONTRATOS DE CONSUMO Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo, Lisboa, 2011, http://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf, p. 309 e 312.

118 Excluindo que esta oneração probatória se destine a relevar em sede contraordenacional (art. 30), restará concluir que é a relação financiador/consumidor que a norma visa.

119 Ou mesmo não pretendido fazê-lo, por, nas palavras de B. MACHADO, Ob. cit., p. 192-193, “não se sentir habilitado a estabelecer para elas uma disciplina geral e abstracta suficientemente definida.”

120 V. B. MACHADO, Ob. cit., p. 192 a 205.

A indagação deve ser prudente pois “(s)empre que seja possível resolver um problema dentro de quadros jurídicos mais precisos e rigorosos, é metodologicamente incorrecto recorrer a quadros de pensamento de contornos mais fluidos”¹²¹.

Na hipótese de resposta positiva, o art. 10 do CC determina a integração da lacuna pela norma aplicável a casos análogos e, na sua falta, pela norma “que o próprio intérprete criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”, formulada de harmonia com a unidade e coerência do sistema jurídico, incluindo o ordenamento comunitário, com atenção aos trabalhos preparatórios da Dir., bem como a soluções adotadas por países com que o sistema português possua tradicional afinidade¹²².

Recorrendo à norma *ad hoc*, não parece descabido ponderar a solução contida no art. 13/7.

Porém, reconhecendo a ousadia da solução e a prudência que deve presidir à afirmação da lacuna legislativa, procurar-se-á resposta para o problema no direito constituído.

3. Nulidade?

Outra hipótese seria a nulidade do contrato celebrado em contravenção do art. 10: fosse por falta de um elemento essencial do negócio, afetando este na sua génese, fosse pela violação de norma legal imperativa (o art. 10) – art. 294 do CC¹²³.

Essa conclusão exigiria, porém, que se tivesse por viciado um elemento essencial contemporâneo do negócio¹²⁴, o que não parece ocorrer. Acresce que a situação não integra a enumeração do art. 13, que expressamente comina, de modo aparentemente taxativo, com invalidade (mista) a inobservância de requisitos formais do contrato¹²⁵.

121 B. MACHADO, Ob. cit., p. 199.

122 A lei francesa prevê a perda total ou parcial dos juros – arts L 311-9 e L311-48, do Code Cons., na redação da Lei 2010-737, de 01.07.2010. É similar o art. 92 da Lei (belga) du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation (isenção total ou parcial de juros e manutenção do benefício do pagamento escalonado). A transposição da Dir. para a lei belga ocorreu em 13.06.2010.

123 Para MOTA PINTO, *Teoria*, cit., p. 620, “O regime e os efeitos mais severos da nulidade encontram o seu fundamento teleológico em motivos de interesse público predominante. As anulabilidades fundam-se na infracção de requisitos dirigidos à tutela de interesses predominantemente particulares.” No mesmo sentido, GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª ed. Reimpressão, Coimbra Editora, p. 76 e 359. Colocando de algum modo em causa esta distinção, M. CORDEIRO, *Tratado*, cit., p. 860, para quem a nulidade deve ver-se antes como derivando de um de dois fatores: “a falta de elementos essenciais (do negócio) ou a contrariedade à lei imperativa – sendo o relevo dos valores substanciais tão-só um factor de política legislativa ou de interpretação”.

124 MOTA PINTO, *Teoria*, cit., p. 625, fala em “vício intrínseco do negócio e, portanto, contemporâneo da sua formação.”

125 Consagrou-se, para tutela do consumidor, um regime de invalidades mistas ou atípicas. Sobre as modalidades e regime da invalidade, M. CORDEIRO, *Tratado*, cit., p.563-593; G. TELLES, Ob. cit., p. 355-383.

Por seu turno, o art. 294 comina com nulidade os atos praticados em contravenção a lei imperativa, mas só quando a lei não preveja outra sanção, tendo o legislador estipulado aqui a responsabilidade contraordenacional.

Parece, assim, de sufragar a posição de MORAIS DE CARVALHO, que reconhecendo embora que a norma, imperativa, visa a tutela simultânea de interesses privados (do consumidor) e gerais (prevenção do sobreendividamento), rejeita a nulidade: porque o juízo de censura da lei não incide sobre o objeto do contrato (como no art. 280 do CC), resultando da lei outra sanção (contraordenacional), afastando-se, assim, o art. 294; e pela natureza aparentemente taxativa do art. 13 do DL 133/2009¹²⁶.

Deste modo, em princípio excluída fica a nulidade do negócio, podendo, contudo, hipotizar-se a verificação de uma irregularidade negocial: a validade do ato não é afetada, havendo, porém, lugar à aplicação de uma sanção (contraordenacional)¹²⁷.

4. Anulabilidade por erro ou dolo?

Poderá defender-se a anulabilidade do contrato por erro ou dolo? A resposta dependerá, na falta de expressa previsão legal (como sucede, p. ex., no art. 14 do DL 57/2008) do preenchimento dos pressupostos gerais exigidos pelos art.s 252 ou 253 do CC: de que possa afirmar-se que o consumidor incorreu em erro determinante da sua vontade negocial (ou nele foi induzido ou não foi esclarecido) quanto à sua capacidade financeira para arcar com os compromissos decorrentes do contrato. Sem o erro o consumidor não teria celebrado o contrato (erro essencial, em princípio único determinativo de anulabilidade; ou não teria contratado nesses termos – erro incidental, que poderá dar lugar a que o negócio seja feito “valer nos termos em que teria sido concluído sem o erro”¹²⁸).

A anulabilidade decorreria, assim, não da falta ou inadequada avaliação de solvabilidade, mas de um *plus* relativamente a ela: a viciação da vontade do mutuário dela decorrente, integradora dos requisitos de relevância do erro.

Erro que seria, em princípio, sobre os motivos determinantes da vontade não atinentes à pessoa do declaratário nem ao objeto do negócio, cuja relevância o art. 252/1 submete a apertados requisitos – a existência de acordo (que poderá ser tácito) das partes

126 Ob. cit., p.882.

127 V. M. CORDEIRO, *Tratado*, cit., p. 870-871; MOTA PINTO, *Teoria*, cit., p.627; G. TELLES, Ob. cit., p. 368-370.

128 M. PINTO, *Teoria*, cit., p. 508. Para G. TELLES, Ob. cit., p. 85.87: erro absoluta ou relativamente essencial.

sobre a essencialidade do motivo¹²⁹. Motivos que, balizados pela boa fé poderão, consoante os casos, integrar a base negocial (art. 252/2)¹³⁰.

Quanto ao dolo – erro determinante da vontade criado por sugestão ou artifício do credor ou terceiro (dolo positivo ou ativo) ou alvo de dissimulação deste (dolo negativo ou omissivo) – é figura particularmente propensa ao entrecruzar da situação com o regime das práticas comerciais desleais. O dever de esclarecimento relevante para o dolo omissivo decorre aqui da consagração legal dos deveres de informação pré-contratual e de assistência. Não parece, aliás, restar espaço para a licitude do designado *dolus bonus*, pois perante os rigorosos deveres de esclarecimento e informação previstos, dificilmente se divisam quaisquer “sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos, segundo as concepções dominantes no comércio jurídico (art. 253/2)”¹³¹.

5. Abuso do direito?

Incorrerá o credor em abuso de direito ao exigir o integral cumprimento do contrato tendo incumprido o dever de avaliar a solvabilidade?¹³²

A situação poderia aproximar-se sobretudo dos casos designados como *tu quoque*, que “exprime a máxima segundo a qual a pessoa que viole uma norma jurídica não pode, depois e sem abuso:

- ou prevalecer-se da situação jurídica daí decorrente;
- ou exercer a posição jurídica violada pelo próprio;
- ou exigir a outrem o acatamento da situação já violada”¹³³.

Como acentua MENEZES CORDEIRO¹³⁴ o “abuso do direito apresenta-se, afinal, como uma constelação de situações típicas em que o Direito, por exigência do sistema, entende deter uma actuação que, em princípio, se apresentaria como legítima”.

Quem pretende recorrer à tutela conferida pelo instituto haverá, por seu turno, de observar uma conduta isenta de censura legal. Nas palavras do mesmo autor: “O recurso ao *tu quoque* com base na cláusula geral da boa fé exige cuidadas prevenções. Na verdade,

129 MOTA PINTO, *Teoria*, cit., p. 504-521; M. CORDEIRO, *Tratado*, cit., p. 827-830.

130 G. TELLES, *Ob. cit.*, p. 98-99

131 M. PINTO, *Teoria*, cit., p. 524. V. sobre o dolo, idem, p.521-529 e M. CORDEIRO, *Tratado*, cit., p.835-838.

132 Sobre boa fé e abuso do direito, M. CORDEIRO, *Tratado*, cit., I, p. 399-418, V, 2ª Reimp. 2011, p. 239-377; idem, «Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas», *ROA* Ano 65, II, 2005; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª ed. Reimp., Coimbra, Almedina, 2012, p.535.

133 M. CORDEIRO, *Do abuso*, cit., p.10.

134 *Loc. cit.*, p.7.

repugna à consciência ético-jurídica que alguém pretenda prevalecer-se da própria violação. Mas também não parece pensável que alguém possa perpetrar violações jurídicas a pretexto de outrem já ter feito outro tanto.”

Releva, pois, a boa fé do consumidor em sentido subjetivo e ético, enquanto desconhecimento não culposo¹³⁵, mas também objetivo, enquanto regra de conduta postulada pela ordem jurídica, concretizada aqui no dever de contração responsável de crédito.

Pode, assim, contrapor-se ser igualmente abusiva a conduta do consumidor que, ao menos temerariamente, contrata o crédito e depois recusa o seu cumprimento invocando abuso de direito do credor.

A apreciação do abuso deve ser feita em face do caso concreto.

Daí que não repugne admitir que a conduta do credor que exige o cumprimento quando não cuidou de avaliar oportunamente a solvabilidade do consumidor possa ser de qualificar de abusiva e, como tal, merecedora da paralisação determinada pelo art. 334 do CC. Já não parece, porém, de reconhecer validade geral à solução: tal seria um fator de estímulo do incumprimento para os consumidores, aumentando exponencialmente o crédito malparado, precisamente uma das principais consequências que a consagração do dever de avaliação da solvabilidade visou evitar¹³⁶.

6. Responsabilidade pré-contratual?

O dever de avaliação da solvabilidade visa a proteção quer de interesses públicos, quer da parte contratual considerada mais fraca, o consumidor, pressupondo uma situação de disparidade contratual.

Na ponderação da consequência do incumprimento importa ter em conta que para o legislador comunitário¹³⁷ a legislação do consumo deve visar, perante a posição de inferioridade informativa e negocial do consumidor, colocá-lo em paridade contratual,

135 M. CORDEIRO, *Tratado*, cit., p.404-405.

136 Inclinando-se para o abuso, escreve ANDRADE AMORIM, «O superendividamento do consumidor», *Jus Navigandi*, Teresina, 2010 <http://jus.com.br/revista/texto/17597/0-superendividamento-do-consumidor> (ac. 25.10.2012): “o fornecedor deve condicionar seus empréstimos a uma prévia avaliação das capacidade de endividamento do tomador (...) Ao adotar conduta diversa, opta por assumir os riscos do crédito”.

137 Relatório referente ao Relatório, p. 9.

permitindo-lhe agir como pessoa adulta, informada e capaz, tomando decisões livres e esclarecidas¹³⁸.

Seria equilibrada, *de iure constituendo*, a aplicabilidade ao incumprimento do dever de avaliação de solvabilidade de soluções como as previstas no art. 13/7 para os casos de invalidade do contrato de crédito quando o consumidor decide mantê-lo (próximas, como referido, das consagradas nas leis francesa e belga).

Atendo-nos, porém, às soluções disponíveis no direito constituído, tendo presente que estamos perante um dever jurídico de natureza pré-contratual, será lógico que a sua violação faça incorrer o infrator em responsabilidade pré-contratual, por culpa *in contrahendo*¹³⁹.

A responsabilidade pré-contratual, ligada pelo art. 227 do CC ao princípio da boa fé, encontra campo privilegiado de aplicação em setores como o direito do consumo, em que, sobretudo nas últimas décadas, vem sendo reconhecida a relevância do dever de informação pré-contratual com vista à proteção da “parte débil no contrato”: “(a) protecção da parte fraca efectiva-se através de *particulares deveres de informação e de esclarecimento*, a cargo da parte forte”¹⁴⁰.

É hoje dominante a tese que atribui à responsabilidade pré-contratual natureza obrigacional – porque “existe um dever específico de cumprimento, sendo justo que, não se verificando este, ao devedor caiba explicar como e porquê”¹⁴¹. Atende-se, assim, à especial relação de proximidade gerada entre as partes desde o início das negociações, determinante de específicos deveres de lealdade, proteção, informação, entre outros^{142/143}.

A responsabilidade pré-contratual pode decorrer, em sede geral, quer da celebração de contratos inválidos (situação que originou historicamente a figura), quer de contratos

138 É este o objetivo prosseguido pelo princípio da transparência: “exigir transparência nas relações de mercado e nos contratos que as canalizam é exigir que o conhecimento do objecto e das condições da oferta seja facilmente acessível aos interessados”; S. RIBEIRO, loc. cit., p.140.

139 A Proposta/2002, Análise do art. 9 refere que com o princípio do empréstimo responsável e “a análise por parte do mutuante das capacidades de reembolso do consumidor” (...) “está em causa a sua responsabilidade contratual e importa especificar a este respeito a ligação entre a celebração do contrato de crédito e a referida análise prévia”.

140 «Concessão de crédito e responsabilidade bancária», *BMJ* 357, 1986, p.36-37.

141 M. CORDEIRO, *Tratado*, cit., p.517.

142 No mesmo sentido, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, cit, p.271-272, reconhecendo que apesar de a figura ter origem legal, “(d)ado, porém, o nexó teleológico existente entre esta relação *ex lege* e a relação contratual para que ela tende, nada repugna aceitar a aplicabilidade à primeira relação, no caso de violação dos deveres dela decorrentes para qualquer das partes, das regras próprias da responsabilidade contratual”.

143 Para F. DE ALMEIDA porém, a responsabilidade pré-contratual deve revestir autonomia institucional; *Contratos I*, cit., p. 206.

validamente celebrados, e quer o contrato seja celebrado ou não, o que confere a esta solução potencialidades para abranger um vasto leque de situações carecidas de tutela¹⁴⁴.

A responsabilidade pré-contratual pode afirmar-se quer se achem preenchidos os pressupostos da anulabilidade por erro ou dolo, quer o contrato, por falta desse preenchimento, seja originariamente válido, sobretudo em face da previsão legal expressa do dever de avaliação da solvabilidade, de caráter instrutório do adequado cumprimento do dever de assistência, este, verdadeiro dever de informação pré-contratual (cujo incumprimento é, aliás, igualmente destituído de sanção expressa).

Não se levantarão então os óbices colocados por FERREIRA DE ALMEIDA¹⁴⁵, que considera que as “medidas adoptadas nalgumas legislações para contrariar o sobreendividamento das famílias por excesso de concessão de crédito, que se justificam mais por razões de solidariedade social do que pela violação de deveres de informação a cargo das instituições de crédito” não são “bons exemplos” para fundar a responsabilidade por culpa *in contrahendo* no caso de celebração de contratos originariamente válidos. Pois como igualmente refere o Autor¹⁴⁶, a “responsabilidade pré-contratual em contratos válidos pode contudo encontrar fundamento quando os deveres pré-contratuais de informação sejam estabelecidos por lei com especial densidade, como sucede nas relações de consumo e de intermediação financeira”.

Para poder beneficiar da tutela pré-contratual (tal como no abuso), o consumidor deve, por seu turno, merecer a proteção da confiança inerente: deverá estar de boa fé, em sentido subjetivo e objetivo¹⁴⁷. Releva aqui o dever de diligência – ou cooperação, como se lhe refere O. MADJOUR¹⁴⁸ – a cargo do consumidor.

144 DE CRISTOFARO, *La Nuova Disciplina*, cit., p. 274-275, salienta que a Dir. se abstém de enunciar as consequências privatísticas do incumprimento, que deixa ao critério dos Estados membros, e considera que, para além da possibilidade de prática comercial desleal, por a conduta ser “contrária às normas de diligência profissional”, coloca-se a hipótese de “invalidade do contrato” ou de responsabilidade pré-contratual do profissional, questão a resolver pelo legislador interno e, no silêncio deste, pelos intérpretes. Foi o que sucedeu, não tendo o legislador italiano estipulado qualquer consequência – mesmo administrativa – para o incumprimento, no Decreto Legislativo de 13.08.2010, n. 141, que transpôs a Dir., alterando o Decreto Legislativo n. 385 del 1993 (Texto Unico Bancario). O dever de avaliação de solvabilidade é agora previsto no art. 124-bis do TUB. Na falta de previsão legal (a norma não integra a enumeração do art. 144 TUB), a doutrina italiana divide-se entre a invalidade do contrato de crédito e o pagamento do dano ou a operância da concorrência desleal; v. L. ACCIARI et al., *Contratti di Finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati*, IPSOA, Milano, 2012, p.143-144; L. MODICA, *Concessione*, cit., p. 507, 521-522, restringindo a responsabilidade do financiador aos casos de dolo.

145 Ob. cit., p.213 – porém, anteriormente ao DL 133/2009.

146 Ob. cit., p. 214.

147 F. DE ALMEIDA, *Loc. cit.*, p. 219 e nota 300.

148 *Loc. cit.*, p. 179.

Quanto aos danos indemnizáveis pela culpa *in contrahendo*, é tradicional a sua limitação ao interesse contratual negativo ou de confiança: a indemnização visaria colocar o lesado na situação em que se encontraria não foram as negociações viciadas ou culposamente frustradas¹⁴⁹. Porém, mais recentemente afirma-se a admissibilidade do ressarcimento, em casos justificados, do interesse contratual positivo.

A amplitude da indemnização¹⁵⁰ haverá de variar consoante o meio de tutela pretendido pelo lesado e a situação concreta: pode ocorrer ou não anulabilidade por erro ou dolo – tradicionalmente entendida como acompanhada de indemnização do dano negativo – e, em caso afirmativo, o lesado pode optar por anular ou por confirmar o contrato. Na primeira hipótese a doutrina é praticamente unânime em reconhecer que o dano a ressarcir é o de confiança, sendo sobretudo para a pretensão de manutenção do contrato que se admite o ressarcimento do interesse positivo^{151/152}.

O dever de avaliação de solvabilidade, como emanção do princípio do crédito responsável, aponta para o dever de omissão da concessão de crédito no caso de avaliação negativa (embora ainda não expressamente afirmado no DL 133/2009) postulando uma limitação à liberdade contratual, enquanto liberdade de concluir ou não o contrato¹⁵³.

Do exposto se conclui que a responsabilidade do mutuante por incumprimento do dever de avaliação de solvabilidade se inscreve na sede mais ampla da responsabilidade do banqueiro pela concessão de crédito, há muito debatida^{154/155} sobretudo na vertente da

149 Posição sustentada, sobretudo em atenção à liberdade contratual, por ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, cit., p.270-271: “E da ideia de que a lei, por mais censurável que seja a ruptura das negociações na eminência da celebração do contrato, intencionalmente não vai ao extremo da obrigatoriedade de celebração ou da execução específica do contrato, decorre como corolário lógico que a indemnização prescrita na parte final do art. 227, destinada a cobrir (no caso de frustração injustificada do negócio) o interesse negocial negativo da parte lesada, não pode exceder o limite do interesse contratual positivo (ou seja, do benefício que a conclusão do contrato traria à parte prejudicada nas suas expectativas)”; reconhecendo, porém, no *CC Anotado*, cit., p. 216, que “excepcionalmente, se a conduta culposa da parte consistir na violação do dever de conclusão do negócio, a sua responsabilidade tender para a cobertura do interesse positivo (ou de cumprimento)”. No mesmo sentido, G. TELLES, *Ob. cit.*, p. 203-207.

150 Pense-se no aumento exponencial do passivo do consumidor, eventualmente determinativo de sobreendividamento ou de insolvência, registo na CRC, lucros cessantes por perda de negócios, ou mesmo danos não patrimoniais.

151 Como F. DE ALMEIDA, *Loc. cit.*, p.227-231, defendendo a solução igualmente no incumprimento de acordos pré-contratuais em que apenas falte a observância da forma legal (ainda que não deixando de realçar que entre este incumprimento e o incumprimento contratual propriamente dito existem diferenças que poderão justificar diversidade de tratamento).

152 No mesmo sentido, M. CORDEIRO, *Tratado*, cit., p.517-519, mas revelando maleabilidade.

153 Contra, L. MODICA, *Concessione*, p. 501.

154 LEITE CAMPOS, «A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão de crédito», *ROA*, 1986, p.49-55; MENEZES CORDEIRO, *Concessão de crédito*, cit., p. 5-66, muito restritivo quanto à admissibilidade de uma específica responsabilidade do banqueiro perante os credores do mutuário pela concessão de crédito, nomeadamente quando esta venha a retardar artificialmente uma falência, em prejuízo daqueles.

responsabilidade do mutuante perante os outros credores do mutuário, afetados na garantia dos seus créditos, ou enganados por uma aparência de solvabilidade do devedor decorrente da indevida concessão de crédito¹⁵⁶. A tónica é, porém, agora, posta na prevenção do sobreendividamento do consumidor por concessão de crédito irresponsável.

Se para com o consumidor/mutuário o dever é, como se referiu, pré-contratual, acarretando responsabilidade pré-contratual, já para com os demais credores daquele, a responsabilidade deverá ser extracontratual¹⁵⁷.

Não sendo os demais credores do mutuário, em princípio, titulares de qualquer direito subjetivo perante o mutuante infrator do dever¹⁵⁸ (1ª variante de ilicitude no art. 483/1 do CC), o fundamento da responsabilidade deverá radicar na violação de norma que visa tutelar interesses alheios – 2ª parte do art. 483. Trata-se “das leis que, embora protejam interesses particulares, não conferem aos respectivos titulares um *direito subjetivo* a essa tutela; e de leis que, tendo também ou até principalmente em vista a proteção de interesses colectivos, não deixam de atender aos interesses particulares subjacentes (de indivíduos ou de classes ou grupos de pessoas)”¹⁵⁹.

Interesses alheios tutelados são aqui os da sociedade em geral, incluindo os restantes credores do mutuário, na prevenção do sobreendividamento (este, para além de todas as consequências que já lhe foram apontadas, afeta, naturalmente, a capacidade de reembolso do mutuário perante os seus demais credores).

Nesta perspetiva, importa averiguar se o interesse dos demais credores do mutuário é diretamente – e não só reflexamente – tutelado pela norma violada, bem como se o dano assim produzido se situa no âmbito de proteção dessa norma (segundo e terceiro requisitos da segunda variante de ilicitude, seguindo-se aqui de perto a exposição de ANTUNES VARELA).

155 Também L. MODICA relaciona o crédito responsável com o tema da concessão abusiva de crédito às empresas, desenvolvendo a questão da responsabilidade do financiador perante terceiros credores do devedor, à luz do ordenamento jurídico italiano; *Concessione*, cit., p. 493 e 522-530.

156 O. MADJOUR, loc. cit., p. 176, acentua que quando outorgado a uma empresa o crédito pode provocar prejuízos a terceiros que com ela se relacionem.

157 Assim, O. MADJOUR, loc. cit., p. 192: “o banqueiro terá cumprido a sua obrigação de conhecer o seu cliente «know your customer» e escapado à responsabilidade contratual para com o seu cliente e delitual para com terceiros.” De natureza contratual “em sentido fraco”, por “cumplicidade” do financiador no incumprimento do devedor para com os credores anteriores, fala L. MODICA, *Concessione*, cit., p.527-530.

158 O que era realçado por LEITE CAMPOS, loc. cit., p.50-51, para excluir a verificação do requisito da ilicitude, por entender inexistir, no caso, qualquer violação de norma destinada a proteger interesses alheios. No entanto, o panorama legislativo atual parece abrir margem a diferente conclusão, nos termos que se procuram expor.

159 Sobre esta “2ª variante da ilicitude”, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, cit., p. 536-532.

No sentido positivo parece depor a Análise do art. 9 da Proposta/2002, salientando que o empréstimo responsável visa também proteger todos os mutuantes na medida em que “estes correm o risco de ver diminuir a solvabilidade dos seus clientes devido a contratos de crédito celebrados posteriormente pelos seus concorrentes, sempre que estes contratos sejam celebrados de acordo com circunstâncias que põem gravemente em perigo as capacidades de reembolso do consumidor ou do garante.”

5. Conclusão

A eficaz prossecução do princípio do crédito responsável impõe a afirmação de consequências civilísticas do incumprimento do dever de avaliação da solvabilidade.

Incumprido o dever, na falta de previsão legal expressa no DL 133/2009, é possível admitir as seguintes soluções:

- a capacidade financeira do consumidor é elemento juridicamente atendível que, aliado aos requisitos gerais de relevância do erro ou dolo, pode gerar a anulabilidade do contrato;

- os direitos que o financiador pretenda exercer decorrentes do contrato celebrado e do seu incumprimento pelo consumidor poderão ser limitados por via do abuso do direito;

- esse direitos poderão ser total ou parcialmente extintos por via de compensação com um direito indemnizatório do consumidor, resultante de responsabilidade pré-contratual (hipótese esta cumulável com a primeira).

Bibliografia

ACCIARI, L. Bragantini, M., Braghini, D., Grippo, E., Iemma, P. e Zaccagnini, M., *Contratti di Finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati*, IPSOA, Milano, 2012

ALMEIDA, C. Ferreira de
- *Contratos I*, 4.^a ed., Almedina Coimbra, 2008

AMORIM, Eduardo António Andrade, «O superendividamento do consumidor», *Jus Navigandi*, Teresina, 2010, <http://jus.com.br/revista/texto/17597/0-superendividamento-do-consumidor>, acesso em 25.10.2012

CABRAL, Ana
- *A ligação entre o sistema de justiça e o sobreendividamento*, disponível em www.gral.mj.pt/userfiles/Artigo_Newsletter_Sobreendividamento.pdf, acesso em 05.06.2012

CAMPOS, Diogo Leite
- «A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão de crédito», *Revista da Ordem dos Advogados*, 1986, I, p.49-55

CAMPOS, Isabel Menéres
- «O justiceiro: o estranho caso do juiz legislador», *Ipsa Jure* 36, maio 2012, disponível em www.oa.pt

CARRIERO, Giuseppe
- «Nuova disciplina del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi», *Rivista di diritto civile*, 5/2009, Parte II, Commenti, pp. 509-523

CARVALHO, Jorge Morais de
- *Os contratos de consumo Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Lisboa, março de 2011, disponível em http://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf

CORDEIRO, António Menezes
- «Concessão de Crédito e Responsabilidade Bancária», *Boletim do Ministério da Justiça* 357.º (1986), p. 5-66
- *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, I, 3.^a ed., e V, Coimbra, Almedina, 2011
- «Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, vol. II, 2005, acessível em www.oa.pt

CRISTOFARO, Giovanni de
- «La Nuova Disciplina Comunitaria del credito al Consumo: La Direttiva 2008/48/CE e l' Armonizzazione »completa» delle disposizioni nazionali concernenti

«taluni aspetti» dei «contratti di credito ai consumatori», *Rivista di Diritto Civile*, Anno LIV, n. 3, CEDAM – Casa Editrice, Dott. Antonio Milani, Padova 2008, pp. 255-302

FERNANDES, Luís A. CARVALHO e LABAREDA, João
- *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Reimpressão, Lisboa, Quid Iuris 2009

FRADE, Catarina
- *Um perfil dos sobreendividados em Portugal*, Observatório do Endividamento dos Consumidores do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, dezembro de 2008

- *Desemprego e Sobreendividamento dos Consumidores: Contornos de uma 'ligação perigosa'*, Projecto Desemprego e Endividamento das Famílias, PIQS/ECO/50119/2003 Relatório Final, Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra

FROTA, Mário
- «Do regime jurídico do crédito ao consumidor na União Europeia e seus reflexos em Portugal: a inversão do paradigma», *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol. I, n. 1, março 2011, pp. 43-77

GOURIO, Alain,
- «La réforme du crédit à la consommation», *La Semaine Juridique – Édition Entreprise et Affaires* n. 29, 22.07.2010, 8-22

KILBORN, Jason J.
- «The Hidden Life of Consumer Bankruptcy Reform: Danger Signs for the New U.S. Law from Unexpected Parallels in the Netherland», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 39, p. 77, 2006. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=772705> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.772705>, acesso em 27.06.2012

LEITÃO, Luíz Menezes
- «O crédito ao consumo: o seu regime atual e o regime proposto pelo Anteprojecto do Código do Consumidor», *Sub Judice* 36, 2006, p. 9-17

LIMA, Pires de e VARELA, João de Matos Antunes
- *Código Civil Anotado*, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1986

LIZ, Jorge Pegado
- *Introdução ao Direito e à política do consumo*, Lisboa, Notícias Editorial, 1999

MACHADO, J. Baptista
- *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 19.^a Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2011

MADJOUR, Oualid
- *La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit: Étude de droit compare français-algérien*, Thèse de doctorat en droit prive, 2009,

Université Jean Moulin Lyon 3, disponível em http://theses.univ-lyon3.fr/documents/lyon3/2009/madjour_o/pdfAmont/madjour_o_partiel.pdf, acesso em 05.06.2012

MARQUES, Maria Manuel Leitão e FRADE, Catarina

- *Regular o Sobreendividamento*, Observatório do Endividamento dos Consumidores – Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra 2004

MELO, Flávio Citro Vieira de

- «A proteção do sobre-endividado no Brasil à luz do direito comparado», *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. 1, 2, junho 2011, pp.11-38

MODICA, Lara

- «Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitario», *Europa e diritto privato*, Milano, n.3 (2009), p.785-853

- «Concessione "abusiva" di credito ai consumatori», *Contratto e impresa*, Vol. 28, nº 2, 2012, p. 492-531

MORAIS, Fernando de Gravato

- «Do Regime Jurídico do Crédito ao Consumo», *Scientia Iuridica*, T. XLIX, 2000, ns. 286/288, pp.375-411

- *Crédito aos Consumidores, Anotação ao Decreto-Lei 133/2009*, Coimbra, Almedina, 2009

NETO, Nelson Zunino

- *O limite legal à taxa de juros*. Site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria-RS, disponível em <http://www.ufsm.br/direito/artigos/consumidor/juro.htm>, acesso em: 5.06.2012

NETO, Wolney Maciel de Carvalho

- *Considerações sobre a evolução histórica dos direitos do consumidor*, Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 24.10.2010, disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29444&seo=1>; acesso em 29.06.2012.

PIEDELIEVRE, Stéphane

- «La réforme du crédit à la consommation», *Recueil Dalloz*, 09.09.2010, 30, pp. 1952-1958

- «Les nouvelles règles relatives au surendettement des particuliers», *La semaine Juridique – Édition Entreprise et Affaires*, 29, 22.07.2010, pp.23-29

PINTO, Carlos Alberto da Mota

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. Revista por PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, 2.^a Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012

RIBEIRO, J. Sousa

- «O princípio da transparência no direito europeu dos contratos», in *Estudos de Direito do Consumidor*, 4, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito do Consumo, 2002, pp. 137-163

SILVA, Calvão da
- *Compra e Venda de Coisas Defeituosas, Conformidade e Segurança*, 5.^a ed.,
Coimbra, Almedina, 2008

SOUSA, Luís Filipe
- «Breve Itinerário pelo Direito Comunitário do Consumo», *Sub Judice* 36, 2006,
pp. 57-66

TELLES, Inocêncio Galvão
- *Manual dos Contratos em Geral*, 4.^a ed. Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora,
2010

VARELA, João de Matos Antunes
- *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 7.^a ed, Almedina Coimbra

Outras fontes:

- Cadernos do Banco de Portugal n. 5, Central de Responsabilidades de Crédito,
BP, maio 2011, p. 3, disponível em www.bportugal.pt
- Relatório de avaliação do impacto do DL n.º 133/2009, Lisboa, 2011, disponível
em www.clientebancario.bportugal.pt ou em www.bportugal.pt.

*

- *Endividamento e sobreendividamento das famílias Conceitos e estatísticas para a
sua avaliação*, Observatório do Endividamento dos Consumidores, Centro de Estudos
Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2002

*

- Comunicação da Comissão Europeia ao Conselho Europeu da primavera
“Impulsionar a retoma europeia”, de 04.03.2009, /*COM/2009/0114 final*/

- Documento de Acompanhamento da Proposta sobre crédito hipotecário –
SEC(2011) 355 final

- Documento de Síntese, Comissão Europeia, Direcção-Geral da Saúde e Defesa do
Consumidor, Direcção B – Consumidores, B5 – Serviços financeiros, disponível em
http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/fina_serv/cons_directive/cons_cred1a_pt.pdf,
acesso em 22.05.2012

- “Establishment of a Benchmark on the Economic Impact of the Consumer Credit
Directive on the Functioning of the Internal Market in this Setor and on the Level of
Consumer Protection – Final Report”, de 05.11.2009 (disponível em
http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/ccd_benchmarking_study-en.pdf, acesso em
30.03.2012)

- Exposição de Motivos da Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do
Conselho relativa à harmonização das disposições legislativas, regulamentares e
administrativas dos Estados-Membros em matéria de crédito aos consumidores,
COM/2002/0443 final – COD 2002/0222*/, publicada no JO n. 331 E de 31.12.2002

- Livro Branco sobre a integração dos mercados de crédito hipotecário da EU, de
18.12.2007, COM(2007) 807 final

- Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o “Acesso ao crédito para
os consumidores e as famílias: Práticas abusivas” (parecer de iniciativa), JOUE C18/24 de
19.01.2011

- Programa preliminar da CEE para a protecção e a informação dos consumidores, JO C 92 de 25.04.1975
- Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos de crédito para imóveis de habitação (Texto relevante para efeitos do EEE) SEC(2011) 355 final SEC(2011) 356 final SEC(2011) 357 final
- “Public Consultation on Responsible Lending and Borrowing in the EU”, European Commission Internal Market and Services DG Financial Institutions Retail Issues, consumer policy and payment systems, Brussels, 15 June 2009, http://ec.europa.eu/internal_market/; acesso em 20.03.2012.
- “Questions and answers on consumer credit”, Bruxelas, 13.11.2002, MEMO/02/252; http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/fina_serv/cons_directive/ccd_qa_en.pdf, acesso em 13.09.2012
- Relatório da Comissão dos Assuntos Jurídicos e do Cidadão, referente ao Relatório da Comissão Europeia sobre a aplicação da Diretiva 87/102/CEE, (COM(95)0117 – C4 – 0185/95
- “Report on the operation of Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit”, Brussels, 11.05.1995, COM(95) 117 final
- “Updating and Revising the Consumer Credit Directive (87/102) A General Commented Approach”, de Thierry Vissol, Head of unit “financial services”, Directorate General “Health and consumer protection” da Comissão Europeia

Índice

Crédito responsável e dever de avaliação da solvabilidade do consumidor

1. Introdução	4
2. Crédito ao consumo – perspectiva histórica.....	4
3. Crédito ao consumo – evolução do instituto	7
3.1. No direito comunitário	7
A) Diretiva 87/102/CEE do Conselho de 22.12.1986	7
B) Diretiva 2008/48/CE do Parlamento e do Conselho, de 23.04.....	9
3.2. Em Portugal	13
A) Legislação anterior ao DL 133/2009	13
B) DL 133/2009.....	14
4.1. Considerações gerais	17
4.2. O sobreendividamento.....	21
4.3. Critérios de cumprimento	24
4.4. Consequências do incumprimento do dever de avaliação da solvabilidade.....	26
4.4.a) Responsabilidade contraordenacional	26
4.4.b) Consequências civilísticas.....	27
1. Silêncio eloquente?.....	27
2. Lacuna?.....	28
3. Nulidade?.....	29
4. Anulabilidade por erro ou dolo?.....	30
5. Abuso do direito?	31
6. Responsabilidade pré-contratual?.....	32
5. Conclusão	37
Bibliografia.....	38

Texto escrito conforme o Acordo Ortográfico - convertido pelo Lince.