

A DESVINCULAÇÃO NÃO MOTIVADA NOS CONTRATOS DE CONSUMO: UM VERDADEIRO DIREITO DE RESOLUÇÃO? (*)

1. Uma das tarefas do jurista é precisamente lançar alguma luz sobre a contiguidade conceitual das figuras jurídicas, tentando, num esforço de caracterização, atribuir a cada uma delas um espaço aplicativo próprio em torno de uma determinada funcionalidade. Sob pena do direito de resolução poder ter um âmbito ainda mais difuso de aplicação, perdendo de todo a sua teleologia, há que questionar a verdadeira natureza do poder jurídico extintivo reconhecido aos consumidores no seio de diversa legislação especial, de derivação comunitária, e designado quase sempre por “direito de livre resolução”¹. A tarefa de procurar delimitar mais uma figura de desvinculação unilateral parece missão impossível se pensarmos na pouca linearidade das múltiplas formas de cessação contratual e na indiferenciação terminológica que as atinge². Com as palavras que foram escritas por VINEY³ noutro contexto de dificuldades não estamos longe da verdade se falarmos também aqui de um “*maquis inextricable*”.

Como exemplificação do que acabámos de dizer é de lembrar que, entre nós, o direito de resolução começou por ter no Código de Seabra uma configuração “à francesa”, se pensarmos que a expressão “rescisão do contrato”, surgida no Livro II, Capítulo VIII, abarcava hipóteses de invalidade, denúncia e impugnação pauliana e que na norma (art. 709º) identificadora da resolução *proprio sensu* havia sinais da condição resolutiva. GALVÃO TELLES, num artigo publicado em 1947 sobre a “rescisão do contrato bilateral”⁴, reconhecia a utilização de uma terminologia “fluida e hesitante”, como acontecia manifestamente com o termo “rescisão”.

O Código actual, apesar da persistência de uma certa confusão conceitual e da “colagem”, com reflexos negativos, da resolução à invalidade, superou em grande medida os equívocos do diploma anterior, demarcando a figura da rescisão e da

* O presente estudo foi concebido para ser integrado em livro de homenagem ao Professor Doutor CARVALHO FERNANDES.

¹ O DL n.º 133/2009, de 2 de Junho, relativo a contratos de crédito aos consumidores, e que revogou o DL n.º 359/91, de 21 de Setembro, alude, na linha deste diploma, não a um “direito de livre resolução” mas a um “direito de livre revogação” (arts. 6.º, 3, p), 12.º, 3, h) e 17.º).

² ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, 2ª ed., 2006, pp. 34-35, alude à “inter-conexão” das principais figuras de cessação contratual e chama a atenção para a dificuldade de construir a seu respeito quadros gerais. A mesma “impotência” é sentida noutros ordenamentos, como nota LE GAC-PECH (*Rompres son contrat*, in *Rtdciv.*, 2005, pp. 223 e ss.) a propósito da multiplicidade de sentidos do vocábulo *résiliation* e da “balcanização” das formas de “rompimento” contratual. A uma mesma variedade de sentidos e de funções do termo *recesso* se referem, respectivamente, M. CARLA CHERUBINI, *Sul c. d. diritto di ripensamento*, in *RDCiv*, 6, 1999, p. 695, nota 2 e A. GALLARATI, *Il diritto di ritirare la “parola data” tra formule e regole: un’indagine di analisi economica del diritto*, in *RDCiv*, 4, 2005, pp. 343 e ss.

³ *Apud* O. TOURNAFOND, *De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du code civil*, in *D./chr.*, n.º 38, 2002, p. 2889.

⁴ *Não cumprimento de contratos bilaterais (interpretação dos artigos 676º e 709º do Código Civil)*, in *ROA*, ano 5º, 1-2, pp. 83 e ss.

condição resolutive tácita, descontados, respectivamente, os vestígios patentes no art. 702^o e na automaticidade do efeito principal previsto no artigo 795^o,1. Por outro lado, o legislador dotou a resolu o (convencional e não convencional) de autonomia sistemática num corpo de normas próprias, conquanto alguma doutrina utilize a palavra “resolu o” num sentido mais abrangente, preferindo adoptar o termo “rescisão” para abranger a resolu o *tout court*⁶. Aplauda-se, de qualquer forma, o trabalho clarificador do legislador laboral, locativo (urbano e rústico) e dos seguros na procura de espaços bem delimitados para a resolu o, denúncia, revoga o e caducidade⁷ e na sistematiza o da “extin o contratual” levada a cabo pelo legislador do Código dos Contratos P blicos⁸.

Sendo escopo deste estudo o confronto entre o tradicional direito de resolu o e o poder de “livre resolu o” gerado pela legisla o de defesa do consumidor, começaremos por fixar o sentido funcional daquele primeiro direito potestativo extintivo.

2. Como   sabido, e BRUNO SCHMIDLIN⁹ recorda-o, o direito de resolu o deve a sua “*forma giuridica*” ao direito romano (*maxime* através da *lex commissoria*) e o seu “conteúdo” ao direito can nico, ao sancionar o “pecado” da infidelidade contratual com a desvincula o da parte fiel (lembramos o princípio moral *frangenti fidem non est fides servanda*). O mesmo jurista¹⁰ completa a “história” do direito de resolu o, dizendo que surgiu como “*regola generale*” com o pensamento jusnaturalista (referindo o contributo de WOLFF para o acentuar da importância da estrutura sinalagmática do contrato), e foi acolhido nos arts. 1183^o e 1184^o do Código Civil de Napoleão, muito por força da influência de DUMOULIN, DOMAT e POTHIER. H  que observar, contudo, que no modelo franc s¹¹ (seguido, por ex., nos arts. 1124^o do Código Civil espanhol e 1165^o do Código Civil italiano de 1865), contrariamente   constru o adoptada posteriormente pelos legisladores do BGB e do *Codice Civile* de 1942, a resolu o está estruturada de forma “voluntarista” ao considerar-se “a condi o resolutive subentendida nos contratos sinalagmáticos para o caso em que uma das partes não cumpra a sua vincula o”.

Pode afirmar-se, desde já, que a reflexão sobre o acervo normativo permite concluir que o fundamento material que está subjacente ao exercício do direito de resolu o   tipicamente mas não exclusivamente um incumprimento obrigacional. Na verdade, com

⁵ Em diversa legisla o avulsa, de natureza pública (ver, por ex., o art. 84^o do DL não 14/03, de 30 de Junho, relativo ao caderno de encargos tipo dos contratos de gestão hospitalar) e não pública (ver os arts. 26^o-28^o do DL não 209/97, de 13 de Agosto, com as últimas altera es constantes do DL não 263/07, de 20 de Julho e referente ao quadro jurídico da actua o das agências de viagens e turismo) surge utilizado esse termo. Neste diploma o direito de rescisão surge mesmo com um duplo significado, se pensarmos que no art. 29^o já parece corresponder ao direito de desistência do dono da obra (art. 1229^o do CC). No art. 376^o do Anteprojecto do Código do Consumidor, de 2006, surge, contudo, e bem, um “direito de revoga o do cliente”.

⁶ Para GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 2002, p. 381 “o contrato resolve-se sempre que os seus efeitos se extinguem, seja por força de revoga o, rescisão ou caducidade”. O ilustre jurista apelida de “dissolu o” a resolu o *ex nunc*.

⁷ Ver, respectivamente, os arts. 338^o e ss. do actual CT, os arts. 1079^o e ss. do CC, os arts. 15^o e ss. do DL não 294/2009, de 13 de Outubro e os arts. 105^o e ss. do DL não 72/2008, de 16 de Abril.

⁸ Arts. 330^o e ss. do DL não 18/2008, de 29 de Janeiro. O que nos merece reservas, por quebrar a unidade da figura,   a separa o entre uma “resolu o por iniciativa do co-contratante”, uma “resolu o sancionatória”, uma “resolu o por razões de interesse público” e uma resolu o por “outros fundamentos”.

⁹ *La risoluzione del contratto nella prospettiva storico-dogmatica: dalla nullité ex tunc al rapporto di liquidazione contrattuale*, in EuDP, 4, 2001, p. 825.

¹⁰ Cit., pp. 827 e ss..

¹¹ Segundo B. SCHMIDLIN (cit., p. 830) existem três modelos de resolu o: o modelo jusnatural stico, o modelo pandect stico (fonte do legislador de 1966) e o modelo adoptado na Conven o de Viena e nos Projectos europeus de codifica o contratual.

excepção de um conjunto residual de situações, a carecer de uma melhor configuração, e na qual a resolução surge “desmotivada”, as duas zonas principais de relevo da figura compreendem, por um lado, o incumprimento culposo e qualificado por determinada gravidade (face à norma paradigmática do art. 801º,2) e, por outro, um leque amplo de eventos objectivos com significado bastante para provocar a cessação do contrato, eventos estes de alguma forma subsumíveis a uma “justa causa resolutive”¹². Face a esta essencial dupla valoração/delimitação, é possível conceber a resolução como *o poder unilateral de pôr termo a um contrato válido em virtude de circunstâncias posteriores à sua celebração, frustrantes do interesse de cumprimento, desequilibradoras da relação de equivalência entre as prestações – atente-se no efeito resolutive da alteração anormal das circunstâncias (atinente à chamada cláusula de hardship do comércio internacional) face à opção modificação/renegociação contratual*¹³ - ou tornando *inexigível a manutenção do contrato, como sucede noutros casos legais de objectivação do fundamento resolutive*. Independentemente de uma necessária confirmação do acerto terminológico, são paradigmáticos, neste âmbito, certos fundamentos/razões que permitem ao comodante resolver o contrato de comodato¹⁴, ao depositante exigir a restituição *ante tempus* ou possibilitam, noutros tipos contratuais, o exercício do poder potestativo (os casos de interdição, morte¹⁵ ou doença¹⁶).

Quando o incumprimento, esse *leit-motiv* da resolução, atinge sem retorno a relação sinalagmática, pondo em causa a “lei contratual”, o contraente fiel tem o direito (irrenunciável¹⁷) de se desvincular unilateralmente, procurando um efeito, ora liberatório, ora recuperatório, do eventualmente já prestado. Como o incumprimento impede o funcionamento da correspectividade contratual, não faz sentido prender o contraente não inadimplente, privando-o da procura célere de soluções mais convenientes para os seus interesses. Do quadro normativo legal geral (arts. 801º,2, 802º e 808º do CC) conclui-se que *a impossibilidade de cumprimento e o incumprimento definitivo (com inclusão da chamada recusa categórica de cumprimento*¹⁸) constituem o típico duplo fundamento justificativo do exercício do direito. Os casos excepcionais em que o legislador autoriza a resolução com base na mora têm sobretudo a ver com a persistência do incumprimento de obrigações pecuniárias durante um lapso de tempo considerável (cfr., por ex., as hipóteses descritas nos arts. 1083º, 3, 1235º e 1242º do CC¹⁹).

¹² Cfr. o art. 116º do DL nº 72/2008 (“O contrato de seguro pode ser resolvido...havendo justa causa...”).

¹³ Ver, para essa resolução, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, cit., pp. 157 e ss.

¹⁴ Cfr., por último, JÚLIO GOMES, *Do contrato de comodato*, in CDP, nº 17, 2007, p. 28.

¹⁵ Cfr. os arts. 101º, 1 e 106º do CDADC, a propósito do contrato de edição.

¹⁶ Ver o art. 9º do DL nº 349/86, de 17 de Outubro (transporte de passageiros por mar). O art. 17º do DL nº 149/95, de 24 de Junho (regime da locação financeira), depois de outorgar a resolução para o “incumprimento das obrigações da outra parte”, estende o direito aos fundamentos objectivos da “dissolução ou liquidação da sociedade locatária” e à “verificação de qualquer dos fundamentos de declaração de falência do locatário” (art. 18º). Ver também a redacção dos arts. 1235º e 1242º do CC, 119º,3 do CIRE e a anotação de PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência*, 5ª ed., 2004., pp. 126-127, à alínea b) do art. 30º do DL nº 178/86.

¹⁷ Para a irrenunciabilidade, ver LUIGI MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, 1950, pp. 261 e ss. e A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, in Enc. Dir., XL, p. 1310.

¹⁸ Sobre a figura, ver o nosso *A hipótese da declaração (lato sensu) antecipada de incumprimento por parte do devedor*, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor JORGE RIBEIRO DE FARIA, 2003, pp. 359 e ss.

¹⁹ Por referência ao quadro legal do art. 934º, no caso da falta de pagamento de uma prestação que exceda a oitava parte do preço, a doutrina vem exigindo a conversão dessa mora em incumprimento definitivo, salvo sendo inútil ou essa conversão figure já no clausulado do contrato. Ver também, para essa interpelação cominatória, com prazo suplementar não inferior a 15 dias, o artigo 20º, 1 b) do DL nº 133/2009, cit.

Paradigma do fundamento resolutivo é pois o incumprimento superveniente, culposo, total ou parcial, traduzido na falta definitiva de cumprimento (por impossibilidade ou recusa de cumprimento) dos deveres de prestação e de certos deveres de conduta²⁰ tidos por relevantes no contexto contratual. *Nas específicas relações contratuais duradouras assentes na confiança e lealdade entre as partes, pode ser mesmo invocada uma justa causa que torne imediatamente inviável a manutenção do vínculo contratual* (BAPTISTA MACHADO chega a referir que essa “inexigibilidade” pode ter a ver com um incumprimento objectivamente menos grave mas “sintomático” da sua repercussão futura²¹). Como entende PEDRO ROMANO MARTINEZ²², “num contrato de execução continuada, só uma violação grave ou reiterada das respectivas obrigações poderá constituir fundamento para a resolução do vínculo. Nestes casos, o incumprimento tem de ser apreciado num contexto amplo; dever-se-á aferir se houve ou não uma quebra na relação de confiança estabelecida entre as partes. Existirá, então, o direito de resolver... sempre que a violação pela sua gravidade ou reiteração, quebre a relação de confiança”.

Não tendo uma finalidade sancionatória, nem um escopo compensatório (de prejuízos), a resolução visa tutelar, na fase do cumprimento, a conexão, o equilíbrio recíproco entre a prestação e a contraprestação, tal como foi avaliada pelas partes no momento da celebração contratual. A resolução, a excepção de não cumprimento, e a chamada caducidade por impossibilidade não imputável (ou resolução automática) são remédios para a crise de uma necessária relação de proporcionalidade.

O repúdio ou defesa da tese sancionatória tem a ver com a questão da necessidade ou não da culpa no incumprimento fundante da resolução. Embora certa doutrina continue a exigir a imputação culposa²³, tendo certamente em conta a norma paradigmática do art. 801,2 do C.C., dados legais significativos²⁴, a doutrina mais qualificada²⁵ e a linha de objectivação do direito contratual europeu²⁶ negam, com razão, essa filiação na culpa. Esta deve apenas ser considerada, na sua tipicidade, como factor de agravamento dos efeitos da resolução e um dos critérios avaliadores da gravidade do incumprimento. Tal como já defendemos²⁷, e temos razões para o reforçar, há que preterir a clássica ideia sancionatória da resolução por uma “concepção pragmática” em que esse poder possa responder igualmente a situações de frustração dos interesses das partes ocasionadas por causas objectivas causalmente adequadas à “perturbação do contrato”. Esta posição está consonante com as tendências modernas do direito contratual e que se

²⁰ Para duas aplicações concretas, ver os Acs. do STJ, de 9/5/06 (URBANO DIAS), anot. por PINTO MONTEIRO na RLJ, ano 136º, nº 3943, pp. 246 e ss. e de 17/9/09 (FONSECA RAMOS), in www.dgsi.pt, a propósito da não entrega (qualificada como recusa de cumprimento) dos documentos de uma viatura usada vendida. Ver também o § 324 do BGB que permite ao credor resolver o contrato nos casos em que a violação de um dos deveres previstos no § 241,2 torne inexigível a sua ligação ao contrato. Sobre esta “resolução extraordinária”, ver ERNST, in *Münchener Kommentar – Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, Band 2 a, 4ª ed., 2003, pp. 2027 e ss.

²¹ *Pressupostos da resolução por incumprimento*, in Obra Dispersa, I, 1991, pp. 138 e ss. Ver, como exemplo, o caso sobre que recaiu o Ac. do STJ, de 21/5/09 (ALVES VELHO), in www.dgsi.pt

²² Cit., p. 236.

²³ GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7ª ed., 1997, pp. 459-460 (“vê” a resolução como “pena civil”). Ver, para o direito italiano, A. ADDANTE, *Colpa dell’ obbligato ed operatività della clausola risolutiva espressa*, in *I contratti*, 3, 2003, pp. 228 e ss.

²⁴ Ver, por ex., os arts. 793º,2, 1050º e 1083º do CC e o art. 27º,2 (“rescisão” pelo cliente) do DL nº 209/97, cit.

²⁵ Ver BAPTISTA MACHADO, ult.ob. cit., p. 129 (“para efeitos de resolução não é absolutamente essencial proceder a um juízo de responsabilidade: basta o juízo de inadimplemento”). Também nós nos referimos (*A resolução do contrato no direito civil – Do enquadramento e do regime*, 2006, reimpressão, pp. 121 e ss.) à normalidade da imputação subjectiva e à necessidade da gravidade objectiva.

²⁶ Ver, por exemplo, a redacção do § 323 do BGB. Sobre esta norma, ver D. MEDICUS, *Schuldrecht I – Allgemeiner Teil*, 13ª ed., 2002, p. 232.

²⁷ *A resolução...*, cit., p. 125.

projectam na objectivação do incumprimento e no papel específico do critério da boa fé (na sua função de controlo da gravidade do incumprimento).

ENRICO DELL' AQUILA²⁸, para lá de recusar a finalidade repressiva (sancionatória) da resolução, também não aceita a tese dominante (de um LUIGI MOSCO) que situa o fundamento da figura na interdependência das obrigações, nem a que, sufragada por B. GRASSO²⁹, a identifica com “um poder dispositivo de fim novativo” (traduzido na convalidação do direito à prestação pelo direito à libertação obrigacional). O jurista italiano apela para o que apelida de “misura preventiva”, concebendo a resolução como meio de evitar a “injustiça” do faltoso fazer sua a prestação, enriquecendo-se, e de deslocar para a parte inocente o ónus de reagir a um contrato destinado ao fracasso.

Mesmo no caso da *resolução convencional* o incumprimento pode ser arvorado a fundamento resolutivo ao lado de circunstâncias (próprias ou alheias, subjectivas ou objectivas) atinentes à execução contratual (*maxime* duradoura). Como quer que seja, é importante reter que a cláusula resolutiva expressa não pode ter um conteúdo meramente genérico, ficando a depender de uma vontade arbitrária³⁰. Por outras palavras, a cláusula deve especificar a ou as obrigações cujo incumprimento poderá determinar o exercício do direito – esta exigência demarca a cláusula resolutiva expressa da estipulação do chamado *direito de arrependimento* (por ex., no contrato-promessa).

A opção resolutiva é uma opção condicionada, submetida a uma certa “axiologia” traduzida precípuamente na exigência de uma proporcionalidade entre a eficácia potestativa e a necessidade de ter que se basear num fundamento forte (*rectius*, num incumprimento grave), como resulta sintomaticamente da redacção dada ao art. 802º.2. E se é certo que o exercício do direito de resolução não pode ser coarctado, como, aliás, se constata, paradigmaticamente, na aplicação do art. 809º do CC aos contratos civis, do art. 18º f) aos contratos com condições contratuais gerais, do art. 10º do DL nº 67/2003 à venda de bens de consumo e do art. 8º b) do DL nº 294/2009 ao arrendamento rural, por outro lado, pode colocar-se em alternativa (ocorrendo uma alteração anormal de circunstâncias) ou subsidiariamente (por ex., no leque de direitos do dono da obra face ao empreiteiro) e, em sectores mais sensíveis, dominados pelo *favor debitoris*, pode vir a caducar depois de exercido (cfr. o art. 1048º).

Nesta perspectiva, podemos dizer que a resolução, enquanto *ultima ratio*, é uma figura jurídica, que questionando a estabilidade contratual, é avessa às técnicas de conservação contratual como são a acção de cumprimento (predisposta para ser o possível efeito de uma declaração categórica de não cumprimento de um contrato-promessa), a excepção de não cumprimento, a conversão, a redução, a modificação do conteúdo negocial (redução do preço) ou o pedido de reparação ou eliminação dos defeitos da coisa.

Mas os condicionalismos que envolvem a resolução tem ainda a ver com a ponderação a fazer pelo legitimado na medida em que pode preferir uma indemnização compensatória ou bastar-se, em caso de lesão contratual sanável, com uma acção de cumprimento. E se este último meio reflecte o desejo do credor renunciar á recuperação da sua prestação para conseguir o cumprimento da prestação prometida, também é certo que a via resolutiva pode apresentar-se como via forçosa (pensamos nos casos de perda de interesse ou na insuficiência económica do devedor para indemnizar o valor da prestação impossibilitada) ou economicamente atractiva (para reaver uma contraprestação de valor superior à prestação impossibilitada, para a conservar em caso de fracasso da chamada interpelação cominatória ou para ficar livre para celebrar um “negócio de cobertura”).

²⁸ *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, in RDCiv, II, 1983, pp. 836 e ss.

²⁹ *Risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. e “sanzione” per l’inadempimento*, in RasDC, 2, 1990, pp. 270 e ss.

³⁰ É de referir que, segundo o art. 22º b) do DL nº 446/85, é relativamente proibida a cláusula que permita a resolução sem motivo justificado.

2. *Delimitado o direito de resolução, na sua conceituação específica, como um poder fundamentado (num típico incumprimento ou em motivações objectivas reconduzíveis a uma “justa causa” que mina a manutenção contratual), como explicar, pese a sua residualidade, a concessão legal de um direito de resolução, aparentemente não motivado? Como justificar a resolução na hipótese do art. 891º do CC, na venda a retro e na segunda modalidade da venda a contento³¹? Será defensável uma espécie de *tertium genus* do direito, englobante de casos assentes no mero exercício de uma vontade desvinculativa (*ad nutum*)?*

Temos dúvidas na emissão de uma resposta afirmativa, pois se é verdade que no regime do art. 891º - resolução na venda de coisas determinadas sujeitas a contagem, pesagem ou medição – o direito do comprador não é livre e estamos mais próximos de uma anulação por erro, na segunda modalidade da venda a contento – art. 924º - é possível e defensável uma qualificação revogatória³² para o exercício de um direito conferido por mútuo acordo. Mas mesmo que possa ser defendida, como entende BAPTISTA MACHADO³³, a existência de uma “reserva de resolução arbitrária”, a sua eficácia está dependente de uma discricionariedade que não pode ser vista em termos absolutos, ou seja, a vontade como que se objectiva no “desagrado” do comprador. Quer isto dizer, e ROMANO MARTINEZ³⁴ nota-o com acerto, que não preside à vontade extintiva um estrito “direito de arrependimento”. Também no regime da venda a retro não é forçoso que o direito recuperatório do vendedor seja tido por direito de resolução – nos preceitos do CC-I sobre a *vendita com riscatto*, e que serviram de fonte aos arts. 927º e ss. do CC não é utilizado o termo *risoluzione*³⁵ – e mesmo que possa ser concebida uma cláusula resolutiva³⁶ aposta implicitamente ao contrato também não existe uma discricionariedade plena tendo em conta que o efeito real tem uma normal função de garantia do crédito (preço) concedido ao vendedor.

O pequeno círculo (de uma resolução atípica) ter-se-á potenciado com a consagração nos contratos de consumo, por transposição do direito comunitário, do direito denominado, em geral, por *direito de livre resolução*, considerado por CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA³⁷ como o “*ex libris* do direito do consumo” e por N. REICH³⁸ “medida nuclear de protecção” na área do direito dos consumidores. Na verdade, mesmo aqui a terminologia não é uniforme se pensarmos que para lá dessa nomenclatura (patente nos arts. 16º, 19º e 49º do DL nº 275/93, de 5 de Agosto, na redacção dos DL nº 180/99, de 22 de Maio, 22/2002, de 31 de Janeiro e 116/2008, de 4

³¹ Depois de no art. 16º aludir à denúncia do contrato, o art. 17º,1 do DL nº 270/2001, de 6 de Outubro (regime jurídico de exploração de massas minerais-pedreiras), concede ao explorador uma enigmática resolução do contrato sem efeitos retroactivos “...em qualquer momento da sua vigência, durante a fase de pesquisa e durante os primeiros seis anos contados a partir da atribuição da licença de exploração...”.

³² Para lá dos autores citados no nosso *A resolução...*, cit., p. 91, nota 236, ver ROMANO MARTINEZ, cit., pp. 276-277.

³³ *A cláusula do razoável*, in *Obra Dispersa*, I, 1991, pp. 495-496. Para a consideração de um “direito de resolução unilateral”, ver MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, 6ª ed., 2009, p. 89.

³⁴ Cit., p. 275. Ver BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos...*, cit., p. 186, para a defesa de um “*pactum displicentiae*”.

³⁵ Cfr. O nosso *A resolução...*, cit., pp. 91-92. No regime brasileiro da “retrovenda” (arts. 505º e ss.do CC-Br) alude-se indistintamente ao “direito de recobro”, ao “direito de resgate” e ao “direito de retrato” (ver igualmente o §456 do BGB sobre a “Wiederkauf” e o art. 1659º do CC-F sobre a “*faculté de rachat*”).

³⁶ Nesse sentido, BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos...*, cit., p. 186, MENEZES LEITÃO, cit., p. 86 e ROMANO MARTINEZ, cit., p. 283.

³⁷ *Direito do consumo*, 2005, p. 106.

³⁸ *Apud* ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*, 2002, p. 93.

de Julho – direito real de habitação periódica e direitos de habitação turística³⁹, 6º e 18º do DL nº 143/2001, de 26 de Abril – contratos celebrados à distância⁴⁰, contratos ao domicílio e equiparados e vendas especiais esporádicas, 19º do DL nº 95/2006, de 29 de Maio – contratos relativos a serviços financeiros prestados a consumidores através de meios de comunicação à distância, 118º do DL nº 72/2008, de 16 de Abril – regime jurídico do contrato de seguro⁴¹), também aparecem nos textos normativos as expressões *direito de retractação* (artigos 8º,4 e 9º,7 da LDC), *direito de resolução* (arts. 5º i) e 7º do DL nº 357-D/2007, de 31 de Outubro - contratos relativos ao investimento em bens corpóreos), *direito de livre revogação* (arts. 6º, 3, p), 12º, 5, c) e 17º do DL nº 133/2009, de 2 de Junho – contratos de crédito aos consumidores⁴²), *direito de renúncia* (arts. 27º e 28º do DL nº 12/2006, de 20 de Janeiro, sobre a constituição e funcionamento dos fundos de pensões), *direito de arrependimento* (art. 322º do CVM - respeitante às ordens e aos contratos de intermediação, respectivamente, emitidas e celebrados por investidores não qualificados fora do estabelecimento do intermediário financeiro) e *direito de rescisão* (art. 48º,3 da Lei nº 5/2004, de 10 de Fevereiro – Lei das Comunicações Electrónicas – relativo à não aceitação de novas condições nos contratos de acesso à rede telefónica pública ou de prestação de outros serviços de comunicação electrónica).

Abra-se aqui um parêntesis para dizer que se, na esteira da legislação alemã⁴³ e italiana, o poder desvinculativo em causa surge uniformizado no Anteprojecto (de 2006) de Código do Consumidor à volta dos arts. 187º e ss. e da expressão *direito de livre resolução*, com o propósito de evitar discussões teóricas sobre a sua configuração, permanece o quesito sobre a propriedade da terminologia adoptada.

Sendo patente a indecisão terminológica, estaremos, afinal, perante uma mesma figura, sendo certo que, por ex., no referido art. 8º,4 da LDC, se justificaria mais um genuíno direito de resolução atendendo aos pressupostos (falta de informação, informação insuficiente...) que parecem condicionar o exercício da “retractação”⁴⁴ ?

³⁹ O “direito de resolução” já tinha sido consagrado, para o promitente-comprador, no art. 30º,4 do DL nº 130/89, de 18 de Abril. Para uma análise à primeira versão dos arts. 16º e 19º do DL nº 275/93, ver JANUÁRIO GOMES, *Sobre o “direito de arrependimento” do adquirente de direito real de habitação periódica (time sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo, in RPDC, nº 3, 1995, pp. 70 e ss.*

⁴⁰ Nos arts. 4º e 11º do anterior DL nº 272/87, de 3 de Julho aludia-se a um mero “direito de resolução” e a um “direito de desistência”. CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 1990, p. 76, nota 3, na referência que faz ao diploma, utiliza a expressão “faculdade de retractação”. No texto português da Dir. 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997, transposta pelo DL nº 143/2001, surge a expressão “direito de rescisão” (art. 6º).

⁴¹ A expressão “livre resolução” veio substituir o “direito de renúncia aos efeitos do contrato” consagrado anteriormente noutros diplomas (art. 182º do DL nº 94-B/98, de 17 de Abril – regime das condições de acesso e de exercício da actividade seguradora e resseguradora, e 182º do DL nº 251/2003, de 14 de Outubro). O que não se compreende é que, tendo o art. 6º do DL nº 72/2008, de 16 de Abril, revogado os arts. 176º a 193º do DL nº 94-B/98, de 17 de Abril, a republicação deste diploma feita em anexo ao DL nº 2/2009, de 5 de Janeiro, mantenha vigentes essas disposições!! É igualmente de referir alguma falta de coordenação entre o teor dos arts. 19º e ss. do DL nº 95/2006 e o art. 118º do DL nº 72/2008.

⁴² No anterior DL nº 359/91, de 21 de Setembro, havia uma alusão menos elaborada, no seu art. 8º, ao “período de reflexão” e ao “direito de revogação da declaração negocial do consumidor”. A um similar “período de reflexão” e a uma mera “resolução” faz referência o nº 6º, 13) do Aviso do Banco de Portugal nº 11/2001, a propósito dos contratos de emissão de cartões de crédito ou débito.

⁴³ KLAUS TONNER, *Das neue Fernabsatzgesetz – oder: System statt “Flickenteppich”*, in BB, 2000, p. 1413, evidencia o fim da “manta de retalhos”.

⁴⁴ Contra a ideia de ver no preceito uma “comum hipótese de resolução por incumprimento”, ver ROMANO MARTINEZ, cit., pp. 161-162 e, para a não aderência dessa “retractação” ao “direito de arrependimento”, ver C. FERREIRA DE ALMEIDA, cit., p. 106, nota 457.

Esta indefinição não é apenas apanágio do sistema nacional⁴⁵ se pensarmos que o *direito de livre resolução*, conferido, por ex., aos consumidores na zona dos contratos celebrados à distância, por referência à Dir. 97/7/CE, é designado, na legislação francesa, por *droit de rétractation*⁴⁶, na legislação italiana por *diritto di recesso*⁴⁷, no direito alemão por *Widerrufsrecht*⁴⁸ e no sistema inglês por *right of withdrawal*⁴⁹, enquanto o jurista espanhol ENRIQUE TORRANO⁵⁰, nesse mesmo âmbito, fala de “desistimiento negocial”. Nota-se, assim, os “efeitos” da transposição, para os direitos dos Estados-Membros, da legislação comunitária⁵¹, influenciada, por sua vez, pelo direito comercial e do consumo franceses. Como quer que seja, a atracção deste poder desvinculativo para a zona “coberta” pelo direito de resolução *provoca uma crescente erosão da funcionalidade do instituto pois não se vê subjacente a esse poder qualquer frustração do escopo ou dos interesses contratuais por alteração superveniente do equilíbrio das prestações. Se existe alguma perturbação ela não tem a ver com qualquer incumprimento mas com a forma como se desenrolou a fase constitutiva da relação contratual.*

⁴⁵ Para uma interessante reflexão sobre as ambiguidades terminológicas no espaço europeu e uma síntese sobre as origens do *ius poenitendi*, ver V. JACOMETTI, *Terminologia giuridica e armonizzazione del diritto europeo dei contratti – ius poenitendi del consumatore nelle direttive comunitarie e nell’ordinamento francese*, in RDCiv, nº 5, 2007, pp. 561-567.

⁴⁶ Ver M. TROCHU, *Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: directive nº 97-7 CE du 20 mai 1997*, in D./chr., 1999, pp. 179 e ss. Como nota MALINVAUD, *Droit des obligations*, 9ª ed., 2005, pp. 144 e ss., desde 1971 que certos textos normativos (em matéria de aquisição de imóveis e crédito imobiliário) conferem ao consumidor um “prazo de reflexão” e, mais recentemente, (por ex., nas vendas e prestações de serviços à distância, no crédito ao consumo, no seguro de vida, na compra ou construção de habitação) um “droit de repentir ou de rétractation”. Ver também, com considerações históricas e a constatação da confusão terminológica (“dénoncer l’engagement”, “revenir sur son engagement”, renoncer à l’engagement”) patente em leis criadas desde 1972, R. BAILLOD, *Le droit de repentir*, in Rtdciv., 1984, pp. 227 e ss. e V. JACOMETTI, cit., pp. 574 e ss.

⁴⁷ Cfr., por ex., os arts. 64º, 67º-12 e 73º do Código de Consumo de 2005. Para a legislação anterior a essa codificação, ver CHERUBINI, cit., pp. 696-697.

⁴⁸ O BGB confere ao consumidor um explícito “direito de revogação” na contratação ao domicílio (§ 312), à distância (§ 312 b) e d)), no crédito ao consumo (§§ 495 e 505 I) e no direito real de habitação periódica (§ 485). Sob o ponto de vista sistemático, o legislador alemão dá-nos no corpo do § 355 o regime geral do “Widerrufsrecht” (num Subtítulo a seguir à “Rücktritt”), concebendo-o em alternativa ao possível “direito de substituição” (“Rückgaberecht”) a que alude o § 356. O poder “revogatório” dos consumidores existe no direito alemão desde finais da década de 60, tendo sido incorporado no BGB no § 361 com a reforma de Junho de 2000 (ver THOMAS RIEHM, *Das Gesetz über Fernabsatzverträge*, in Jura, nº 10, 2000, pp. 506 e ss. e a doutrina citada por MEDICUS, cit, p. 258). Para um confronto entre as soluções do § 361 a e do § 355 do BGB, introduzido pela “Schuldrechtsmodernisierungsgesetz”, de Novembro de 2001, ver N. FISCHER, *Das Verbraucherschützende Widerrufsrecht und die Schuldrechtsreform*, in DB, nº 5, 2002, pp. 253 e ss. e, para o processo de integração do direito do consumo no BGB, ver MENEZES CORDEIRO, *Da modernização do Direito Civil, I, Aspectos gerais*, 2004, pp. 122 e ss.

⁴⁹ No art. 159º da versão italiana e francesa do projecto GANDOLFI de um Código europeu dos contratos surgem, respectivamente, os termos “recesso” e “résiliation”. Na tradução feita por J. GHESTIN aos três primeiros Livros do *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), elaborado pelo Study Group on a European Civil Code e pelo Research Group on EC Private Law, o Capítulo V do Livro II é dedicado ao “droit de rétractation” (arts, 5:101 a 5:202), correspondente ao “right of withdrawal”.

⁵⁰ *Contratación a distancia y protección de los consumidores en el derecho comunitario; en particular, el desistimiento negocial del consumidor*, in EDC, nº 4, 2002, pp. 59 e ss. Ver, por último, LUCÍA VÁSQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *Una aproximación al desistimiento unilateral: la experiencia italiana*, in RDPat., nº 1, 2009, pp. 253 e ss.

⁵¹ Ver V. JACOMETTI, cit., pp. 571-572, para a profusão de termos (“diritto di rescindere”, “recesso”, “droit de renoncer”, “droit de résilier”, “droit de rétractation”, “Widerrufsrecht”, “Rücktrittsrecht”, “right of cancellation”, “right of renunciation”) nas diversas versões resultantes, sobretudo, da transposição das Dir. 85/577/CEE, 87/102/CEE e 94/47/CEE.

Estando nós no domínio específico do direito do consumo, qual a relação afinal deste direito com o direito de resolução em geral e com o direito de resolução previsto no art. 4º do diploma relativo à venda de bens de consumo e respectivas garantias? Na medida em que o próprio direito do consumo não é imune à relevância do direito geral dos contratos, não estaremos antes, e rigorosamente, no campo ocupado por figuras a que preside um estrito escopo de arrependimento, como parece ser o caso, entre outros, desse poder cessativo livre que é a retractação? Por outras palavras, onde o legislador fala de um *direito de livre resolução* devemos ver, antes, um mero direito de arrependimento ou, mais especificamente, uma retractação ou mesmo uma revogação, mecanismos cessativos próprios da teoria geral do negócio jurídico? Ou tratar-se-á, afinal, de um direito de resolução *sui generis*, conexo ao direito especial do consumo, dotado, por um lado, de características próprias e, de outro, de um regime moldado nos efeitos da figura extintiva mais próxima? E não será defensável o recurso a um mecanismo adequado à teleologia do poder em causa e integrado por princípios específicos reclamados por esse mesmo escopo? A resposta a estes quesitos depende, naturalmente, de uma indagação sobre a *ratio* e as características fortes do “direito de livre resolução”.

3. Numa sociedade de apelo ao consumo, que recorre a práticas de contratação não presenciais, agressivas e mesmo desleais⁵², sustentadas numa publicidade dirigida a explorar a “debilidade” do consumidor médio, o chamado “direito de livre resolução” surge, a par de outros mecanismo tutelares (informação pré-contratual, regulação do conteúdo do contrato⁵³, necessidade da sua formalização, modelação da contratação electrónica, direito de anulação/modificação, nulidade por ofensa à injuntividade, proibição de cláusulas abusivas, acções inibitórias, responsabilidade civil), como forma precípua de reagir à falta de ponderação, à vinculação precipitada, a uma contratação feita com profissionais/empresas possuidores de conhecimentos e técnicas que “inferiorizam” e “surpreendem”o consumidor, retirando-lhe os pressupostos para uma contratação livre, consciente e ponderada. Como afirma FERREIRA DE ALMEIDA, ao dissertar sobre a relação de consumo⁵⁴, e pensando também no, por si chamado, “direito de rescisão unilateral”, “a protecção aos consumidores consiste precisamente na atribuição de direitos especiais que contrabalançam o poder económico e de sugestão que tendencialmente favorece os fornecedores”. No seu posterior *Direito do consumo* FERREIRA DE ALMEIDA, ao interrogar-se sobre a dicotomia “eficácia obrigatória-arrependimento do consumidor”, não deixa de defender este direito face às insuficiências do “sistema tradicional de anulação ou modificação”⁵⁵. Diga-se, em abono da verdade, que pensando no conjunto de casos que outorgam ao consumidor um poder desvinculativo, a razão específica da sua atribuição pode prender-se, quer com a necessidade de proteger o adquirente do fornecimento de bens ou de serviços que contratou de forma “atípica”, quer com a complexidade do objecto contratual (no domínio dos seguros), quer com o propósito de evitar o endividamento, mais ou menos duradouro, do tutelado (crédito ao consumo). Não sendo, como já reconhecia BAILLOD em 1984⁵⁶, “a teoria clássica dos vícios do consentimento a forma mais adequada de protecção da vontade”, é manifesto que o direito potestativo de “livre resolução”, apesar de ser “un meccanismo complesso e non privo di ambiguità”⁵⁷,

⁵² Ver no DL n° 57/2008, de 26 de Março, o regime das “práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores”.

⁵³ Para a consideração desse duplo escopo protector nos contratos de seguro associados ao crédito habitacional, ver o DL n° 222/2009, de 11 de Setembro.

⁵⁴ *Negócio jurídico de consumo*, in BMJ, n° 347, p. 25, nota 260.

⁵⁵ Cit., p.p. 114-115.

⁵⁶ Cit., p. 229.

⁵⁷ V. JACOMETTI, cit., p. 598.

parece mostrar-se como meio expedito sintonizado com o “ripensamento”⁵⁸ do consumidor, uma verdadeira tutela contra “entraînements irr fl chis”⁵⁹ ou, nas palavras de GALLARATI⁶⁰, para fazer face ao “dislivello di informazioni”. No dizer do mesmo BAILLOD⁶¹, se a figura coloca uma problemática de constru o jurídica (deve relevar na fase formativa ou executiva do contrato?), o seu escopo   fazer frente a um quadro “abusivo” (a que pode chamar-se uma desconsidera o pela igualdade na contrata o ou uma priva o da liberdade negocial)⁶² ou de alguma “manipula o psíquica”⁶³ e também deve ter um exercício “enquadrado”, já que representa, numa outra perspectiva, um “direito contratual de classe” estranho ao direito comum obrigacional. N. BRUTTI⁶⁴, em comentário ao *Beseitigungsrechte* (2003) de P. MANKOWSKI, depois de assinalar um certo “paternalismo” e numa perspectiva de análise econ mica, não deixa de imputar   figura (em conjugac o com “una politica della trasparenza informativa”) um “effetto preventivo” ao serviço da “organizzazione razionale della concorrenza” e de conter, na sua menor complexidade, os custos ligados   incerteza do contrato, atendendo às tradicionais formas contenciosas de tutela da vontade.

Regressando   questão da liberdade do consumidor,   muito interessante, e digna de reflexão, o ponto de vista de GÜNTER REINER⁶⁵ ao começar por entender que a “tutela do consumidor não   um fim em si mesmo”, mas que, em virtude dos “direitos fundamentais” que a todos assistem, o “direito de revoga o”, não sendo um “amolecimento” da auto-responsabilidade, pretende assegurar a chamada “liberdade contratual material”, protegendo o consumidor da sua “debilidade psíquica” e “informativa”. Ligando esta liberdade   tutela das “declara es de vontade”, GÜNTER REINER⁶⁶ constrói quatro “escalões de protec o” (“Schutzstufen”), em fun o da gravidade e dos efeitos da vicia o da vontade. Colocando no chamado “terceiro escalão” a declara o negocial do consumidor, própria do “modelo de ineficácia”, em nome da exigência de “uma espécie de capacidade econ mica” (não possuída pelo consumidor), o jurista alemão transporta para o “quarto escalão” o actual “direito de revoga o” (e já o do anterior   361 a do BGB) construído na base do chamado “modelo de eficácia”. Tratando-se, agora, de paralisar uma vontade eficaz, GÜNTER REINER, diversamente de BAILLOD, e como veremos melhor mais adiante,

⁵⁸ São expressivos os títulos dos artigos de M. CARLA CHERUBINI, *Sul c. d. diritto di ripensamento*, cit. e de A. GALLARATI, *Il diritto di ritirare la “parola data”...*, cit.

⁵⁹ MALINVAUD, cit., p. 144.

⁶⁰ Cit., p. 360.

⁶¹ Cit., pp. 232 e ss.

⁶² Ver ELSA DIAS OLIVEIRA, cit., pp. 94-95, GRAVATO MORAIS, *O direito de revoga o nos contratos de crédito ao consumo: confronto entre os regimes jurídicos portugueses e alemão*, in SI, n  307, 2006, pp. 463-464 e *Contratos de crédito ao consumo*, 2007, pp. 155-156, para a *ratio* protectora no crédito ao consumo, e ANA AFONSO, *O contrato de gestão de carteira: deveres e responsabilidade do intermediário financeiro*, in *Sociedades abertas, valores mobili rios e intermedia o financeira* (Jornadas), 2007, pp. 68-69. Segundo E. TORRANO, cit., p. 70, a contrata o   dist ncia, gerando um duplo déficit, “de informaci o y de reflexi o”, exige a protec o desse “bien jurídico que es la deliberatio y autodeterminaci o negocial...”. Também CHERUBINI, cit., p. 711, atribui ao legislador o escopo de uma “tutela della libert  ed effettività del consenso”, sendo patente a “maggiore efficacia ed incisivit  del meccanismo...”.

⁶³ MENEZES LEITÃO, *A protec o do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas*, in EDC, n  5, 2003, p. 163. ENGRÁCIA ANTUNES, *Contratos Comerciais – No es Fundamentais*, in DJ, vol. especial, 2007, p. 228, alude expressamente   “pressão psicológica exercida sobre a decisão de contratar”.

⁶⁴ “*Beseitigungsrechte*” e *tecniche di ritrattazione del consenso*, in Riv. Crit. Dir. Priv., n  3, 2005, pp. 511 e ss. Ver, no mesmo sentido, COLOSIMO, *apud* LUCÍA JIMÉNEZ, cit., p. 280, que releva a figura como “técnica de regula o do mercado”.

⁶⁵ *Der verbrauchersch tzende Widerruf im Recht der Willenserkl rungen*, in AcP, 2003, pp. 8 e ss.

⁶⁶ Cit., pp. 15 e ss.

vai aproximar funcionalmente o *Widerrufsrecht* do direito de anulação, retirando daí uma série de consequências.

4. Sendo verdade que nas diversas zonas de relevância não vamos encontrar um regime perfeitamente indiferenciado (desde logo no que toca ao início, duração e preclusão dos prazos de caducidade), podendo mesmo deparar com incoerências, faltas de sintonia com outros normativos, lacunas e alguma sobreposição de soluções, vejamos, contudo, quais são as características mais marcantes do chamado *direito de livre resolução*.

Em primeiro lugar, trata-se de um direito especial⁶⁷, cujo titular activo é um consumidor, aderente ou não, que visa extinguir uma determinada situação jurídica (*maxime*, contratual)⁶⁸ e que opera sem a indicação de um fundamento bastante relacionado com condutas da contraparte. As únicas excepções a esta discricionariedade parecem ser o art.8º,4 da LDC e o art. 9º,5 do DL nº 143/2001, embora seja possível sustentar, no primeiro caso, que a hipótese extravasa do âmbito do direito em análise (como já referimos, o legislador terá utilizado indevidamente a expressão “direito de retractação”⁶⁹), enquanto no segundo normativo mais do que um “direito de livre resolução” trata-se de uma resolução *proprio sensu*. No seio do contrato de seguro, o legislador de 2008 (arts. 116º e 118º do DL nº 72/2008) foi mais prudente ao separar nitidamente a resolução do contrato por “justa causa” da “livre resolução” (“sem invocar justa causa”).

Em segundo lugar, o direito, apesar de poder implicar no seu exercício, num ou noutro caso, o pagamento de alguns encargos⁷⁰ ou de certas quantias relacionadas com o começo de cumprimento do contrato em benefício do consumidor⁷¹, não acarreta outras consequências pecuniárias⁷², ou seja, não está sujeito ao pagamento de indemnização, penalização ou qualquer “preço” de arrependimento. Com as palavras utilizadas por GRAVATO MORAIS⁷³, ao justificar a discricionariedade do direito, também se pode dizer, quanto à ausência de verdadeiros encargos, que “tal solução é compatível com o carácter liberal que se pretende deste direito, evitando-se a criação de obstáculos ao seu exercício”.

Em terceiro lugar, o direito deve ser exercido dentro de um prazo curto (em função da maior ou menor complexidade da situação), oscilando, em condições normais, entre o mínimo de 3, a normalidade de 14 e o máximo de 30 dias⁷⁴. Estes prazos de reflexão, cuja brevidade é explicada por razões de protecção da certeza da contratação⁷⁵, contam-

⁶⁷ Concordamos com CHERUBINI, cit., pp. 710-711, ao defender que o direito está inserido em normas especiais, geradas por “speciali esigenze”.

⁶⁸ PH. STOFFEL-MUNCK, *L'encadrement de la tacite reconduction dans les contrats de consommation depuis la loi Chatel*, in J.C.P., nº 14, 2005, pp. 665 e ss., discute a possibilidade da aplicação (aos contratos celebrados à distância) do “droit de rétractation” como meio de evitar a renovação contratual.

⁶⁹ Ver, para essa possível confirmação, o art. 23,2 do DL nº 72/2008 e o art. 183º do Anteprojecto de Código do Consumidor.

⁷⁰ Cfr. o nº 2 do art. 28º do DL nº 12/2006, cit.

⁷¹ Ver o disposto no art. 25º,2 do DL nº 95/2006, os nºs 6º e 7º do art. 118º do DL nº 72/2008 e 4º e 5º do art. 17º do DL nº 133/2009, cit. Para a libertação das despesas, ver o nº 1 do art. 8º e o nº 1 do art. 19º do DL nº 143/2001.

⁷² Cfr., pela sua especificidade, a parte final do nº 4 do art. 18º do DL nº 143/2001.

⁷³ *O direito de revogação...*, cit., p. 471 e *Contratos de crédito...*, cit., p. 157.

⁷⁴ Ver, respectivamente, o art. 322º,1 do CVM, o art. 17º,1 do Decreto-Lei nº 133/2009 e o art. 20º,1 do DL nº 95/2006 (cfr. o art. 118º,1 do DL nº 72/2008). É de assinalar que na redacção primitiva do art. 16º,1 do DL nº 275/93 estava previsto um prazo de 14 dias e que o art. 6º,1 da Directiva 2008/122/CE, de 14 de Janeiro de 2009, estabelece o prazo de “catorze dias de calendário para resolver o contrato de utilização periódica de bens, de aquisição de um produto de férias de longa duração, de revenda ou de troca...”. No nº 1 do art. 187º do Anteprojecto de Código do Consumidor é que se alude a um prazo genérico de 7 dias úteis.

⁷⁵ Assim, CHERUBINI, cit., p. 698.

se, em função da carência de tutela de cada caso, desde o dia da recepção do bem, da data da celebração do contrato, da sua assinatura, da sua entrega⁷⁶, do início da prestação de serviços ou da recepção da apólice de seguro. É desejo do legislador (reportado mesmo ao período pré-contratual) e a *ratio* da figura exige-o, que, em regra, o prazo só seja verdadeiramente iniciado quando o consumidor tiver em seu poder não só o bem adquirido (se for o caso) mas também o contrato e, sobretudo, todas as informações necessárias, incluindo as que respeitam, sob forma clara e compreensível, ao próprio direito desvinculativo⁷⁷. Tratando-se de uma informação essencial, pelas implicações protectoras, é justificável que não caiba, a não ser residualmente, no chamado ónus de auto-informação e que a ausência deste “recesso informato”, no dizer de MUSY⁷⁸, isto é, o incumprimento do dever de informação ao consumidor⁷⁹, seja razão bastante, para lá da aplicação de outras sanções⁸⁰, para, em certos casos, dilatar o prazo normal de exercício do poder. Embora o ponto não conste expressamente de todos os regimes, nada parece impedir o acordo das partes (ou a informação prévia ao consumidor) no sentido do alargamento dos prazos mínimos de exercício do direito⁸¹,

⁷⁶ Cfr. o art. 20º,2 do DL nº 95/2006 e o art. 17º, 2 b) do DL nº 133/2009 (GRAVATO MORAIS, cit., p. 474, já entendia, face ao anterior art. 8º,1, que não podia ser decisiva, como *dies a quo*, a data da assinatura do contrato).

⁷⁷ Ver os arts. 9º, 2 l), 11º,5 e 48º,5 e) do DL nº 275/93, 312º-B,2 do CVM, 5º,3 a) e 18º,2 (a alínea c) localiza a informação escrita no momento da proposta contratual feita pelo consumidor) do DL nº 143/2001, 21º,1 do DL nº 95/2006, 5º,i) do DL nº 357-D/2007, 18º h) do DL nº 72/2008 e 6º,3, p), relativo à ficha de “Informação normalizada”, 12º,3 h) e 5 c) do DL nº 133/2009 (da leitura do art. 13º,3 deste diploma retira-se que o consumidor pode anular o contrato de crédito). De acordo com o nº 6º, 13) do Aviso do Banco de Portugal nº 11/2001, “os documentos contratuais” relativos à emissão de cartões devem conter “o período de reflexão outorgado ao titular durante o qual este pode, sem quaisquer encargos, resolver o contrato”.

⁷⁸ *Apud* A. GALLARATI, cit., p. 366, nota 69. A dilatação do prazo é criticada por ELSA DIAS OLIVEIRA (cit., pp. 113-114) com o argumento de que, concebido como possível sanção, pode reverter em desfavor do consumidor.

⁷⁹ O art. 6º,3 do DL nº 143/2001 (na redacção introduzida pelo DL nº 82/2008, de 20 de Maio) convola o prazo de 14 dias para os três meses, entendido como prazo máximo de exercício. Ver, igualmente, os nºs 3 e 5 do art. 16º do DL nº 275/93 e a ausência dessa preclusão, por ex., nos contratos ao domicílio e equiparados. O TJ, em decisão de 13 de Dezembro de 2001 (no caso G. HEININGER e E. HEININGER/BAYERISCHE HYPO-UND VEREINSBANK AG), pronunciou-se no sentido do art. 5º da Dir. 85/577/CEE, de 20 de Dezembro, não poder ser cerceado, pela legislação nacional (no caso, a “Verbraucherkreditgesetz”, de 17 de Dezembro de 1990) com a fixação de um prazo máximo de um ano para o exercício do direito. Esta “resposta” foi criticada por BERNARDEAU (*Le droit de rétractation du consommateur: un pas de plus vers une doctrine d'ensemble – À propôs de l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, Heininger, aff. C-481/99, in J.C.P., nº 40, 2002, p. 1724*) dado “implicar um sério entorse nos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica”. Tratou-se, no caso, de um contrato de crédito imobiliário contraído por um casal alemão, negociado ao domicílio mas contratado no estabelecimento bancário e que, por falta de informação sobre a existência do “direito de revogação”, o casal pretendeu extinguir passados quase cinco anos. O Tribunal entendeu igualmente aplicável ao contrato em causa o regime da Directiva, conquanto essa interpretação *pro humiliore* colha sérias resistências na letra dos arts. 14º a) do DL nº 143/2001 e 2º a) e 17º, 6 (de redacção discutível) do DL nº 133/2009.

⁸⁰ Enquanto o art. 16º,1 do DL nº 143/2001 (contratos ao domicílio) parece cominar a nulidade do contrato, o art. 23º,2 do DL nº 72/2008 coloca a hipótese de uma resolução e o art. 54º,2 do DL nº 275/93 aplica uma contra-ordenação, já o art. 13º,3 do DL nº 133/2009 prevê a possibilidade de anulação do contrato de crédito. Como conciliar, contudo, essa panóplia de resultados, com a norma do art. 14º do DL nº 57/2008 e a sanção genérica da anulabilidade? E como distinguir uma “omissão enganosa” (cfr. o art. 9º do diploma) de uma simples omissão informativa? Para a maior eficácia das penas pecuniárias, como “incentivi alle imprese”, ver GALLARATI, cit., p. 368.

⁸¹ Cfr. a redacção dos arts. 9º,7 da Lei nº 24/96, e 6º,1 do DL nº 143/2001 (“...prazo mínimo de 14 dias...”), o nº 3 do art. 18º deste mesmo diploma (“os prazos previstos...podem ser alargados por acordo entre as partes”), os arts. 20º,1 e 53º do DL nº 275/93, o art. 7º,2 do DL nº 357-D/2007 e o art. 13º (“imperatividade relativa” do art. 118º) do DL nº 72/2008.

ou seja, é de admitir uma derrogação *in melius*⁸². Parece-nos de aplaudir a solução que consta do Anteprojecto de Código do Consumidor⁸³ no sentido de constar de documento autónomo toda a informação pertinente ao poder desvinculativo.

Em quarto lugar, trata-se de um direito que, não podendo ser contestado e existindo no interesse pessoal do consumidor/titular, conhece certas restrições, não só atinentes ao seu âmbito material de aplicação, mas também reconduzíveis a uma espécie de exercício disfuncional (ou falta de direito?), como acontece, por ex., nos contratos à distância, com o início da prestação de serviços antes do termo do prazo normal de exercício do direito ou a violação do selo de garantia de um programa informático⁸⁴. Embora esta restrição seja compreensível para evitar que o consumidor possa ser reembolsado depois de ter beneficiado do serviço ou do bem fornecido, também é verdade, como nota J. PASSA⁸⁵, que, muitas vezes, o consumidor só pode inteirar-se da conveniência do serviço ou do produto com o começo da prestação ou a verificação do conteúdo do programa adquirido. Este tipo de limitação não é apanágio da globalidade dos regimes, já que em certos domínios, como na actividade seguradora, o início de execução do contrato, a pedido do consumidor, não preclui o exercício do direito mas condiciona apenas a sua eficácia⁸⁶. Já que falamos no exercício disfuncional do direito, será possível controlar esse mesmo exercício invocando-se uma eventual má fé do consumidor? O quesito é abordado por alguma doutrina, defendendo, por ex., ROMANO MARTINEZ⁸⁷ “...que apesar de não carecer de uma justificação, não pode o direito ser exercido em manifesto abuso, contrariando a directriz do art. 334º do CC, nem em violação da boa fé, como prescreve o nº 2 do art. 762º do CC”. Salvo o devido respeito, este controlo (judicial?) da discricionariedade, que também encontramos em BAILLOD⁸⁸, parece-nos pouco compatível com a filosofia do direito em causa, a amplitude da sua concessão, as limitações legais ao seu exercício, os seus (relativos) custos e a necessária brevidade da manifestação desvinculativa. Não desconhecemos, contudo, que, num ou noutro caso, sem prescindir de prova, e sem que se trate propriamente de sindicar a imotivação do direito, poderá o consumidor, conhecedor da possibilidade de desvinculação, não a exercer imediatamente, escudando-se na falta (formal) de informação sobre a sua existência, e provocando, dessa forma, prejuízos ao fornecedor, resultantes, por ex., do atraso da restituição.

Em quinto lugar, trata-se de um direito que é exercido unilateralmente, de forma extrajudicial, incondicionável e que, embora sujeito a um formalismo simples (em

⁸² ULMER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 a*, 4º ed., 2003, p. 2259, alude a um regime dotado de “halbzwingender Natur”.

⁸³ Art. 187º,5.

⁸⁴ Ver as als. a) e d) do art. 7º do DL nº 143/2001 (com admissão de “acordo em contrário) e, com uma solução mais defensável, o art. 23º do DL nº 95/2006 (“o direito...caduca quando o contrato tiver sido integralmente cumprido, a pedido expresso do consumidor...”) e mesmo, pelo que dizemos no texto, o art. 25º,2 do mesmo diploma. Refira-se que a restrição constante da al. a) do art. 7º já não consta do art. 234º do Anteprojecto de Código do Consumidor.

⁸⁵ *Commerce électronique et protection du consommateur*, in D./chr. nº 6, 2002, pp. 559-560. O jurista também se interroga sobre a forma como uma norma, do teor do art. 7º d) do DL nº 143/2001, pode ser aplicada ao fornecimento *on-line* de programas informáticos. Sobre a questão, com acerto, ver JORGE MORAIS CARVALHO, *Comércio electrónico e protecção dos consumidores*, in Themis, nº 13, 2006, p. 59.

⁸⁶ Ver o nº 7 do art. 118º do DL nº 72/2008 e o nº 2 do art.25º do DL nº 95/2006.

⁸⁷ Cit., p. 161. Para a correcção operada pelas cláusulas gerais, ver M. GORGONI, *L’obbligo restitutorio quale “effetto” del recesso da un contratto negoziato fuori dei locali commerciali*, in I contratti, nº 11, 2000, p. 1034, L. NATALI, *Ius poenitendi e obbligo di restituzione nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in I Contratti, nº 3, 2006, p. 306 e V. JACOMETTI, cit., p. 585.

⁸⁸ Cit., p. 249. Para o jurista francês o pagamento de uma certa quantia pelo consumidor poderia reduzir o risco do direito ser exercido com intuito de prejudicar a outra parte. Ponderando tudo, e até a enorme dificuldade de prova dessa intenção, BAILLOD acaba por sustentar a sua gratuitidade.

princípio, envio de carta registada com aviso de recepção até ao último dia do prazo ou utilização de “outro suporte duradouro”⁸⁹), deve permitir à contraparte tomar conhecimento do arrependimento do consumidor. Quer isto dizer, que não é possível isolar a expedição ou notificação da desvinculação sem tomarmos em conta o conhecimento ou cognoscibilidade da contraparte⁹⁰. cremos mesmo que o contrato só deve ser considerado extinto e os contraentes libertados das suas obrigações quando a comunicação do consumidor chegar à esfera de conhecimento do profissional⁹¹.

Estamos com GALLARATI⁹² quanto este jurista defende, em nome da “efficienza economica”, que o exercício do direito seria facilitado se o “profissional” tivesse que anexar ao contrato um formulário da declaração desvinculativa, como, aliás, estava previsto no n.º 2 do art. 8.º do DL n.º 359/91 e consta, nos termos do art. 5.º,4 da Directiva 2008/122/CE, do seu Anexo V.

Conquanto a solução, segundo certa doutrina, possa ser, em geral, fonte de alguma litigiosidade e interpretações divergentes, nada parece impedir que na informação sobre as condições como deve ser exercido o direito fiquem previstas outras formas de comunicação ou mesmo que a restituição do bem (por ex., um cartão de crédito), dentro do prazo de caducidade, signifique um desejo desvinculativo⁹³.

Em sexto lugar, estamos perante um direito conferido por razões de ordem pública⁹⁴ a que não é possível renunciar antecipadamente ou ver excluído ou limitado. O consumidor está, pois, garantido por normas específicas ou por uma genérica “nulidade de protecção” não só contra o “enfraquecimento” do direito (por ex., fixação de penalização, prazos menores para o exercício, modos onerosos de notificação), mas também contra a sua exclusão, por vontade própria (tutela contra si) ou alheia⁹⁵. Não

⁸⁹ Ver, por ex., os arts. 6.º,5 e 18.º,5 do DL n.º 143/2001, 21.º do DL n.º 95/2006, o n.º 6 do art. 7.º do DL n.º 357-D/2007, o n.º 5 do art. 118.º do DL n.º 72/2008 e o art. 17.º,3 do DL n.º 133/2009. Os textos que são mais restritivos quanto ao *modus faciendi* da desvinculação e que apenas referem a carta registada com aviso de recepção (por ex., o art. 16.º,2 do DL n.º 275/93) não afastam a possibilidade da desvinculação poder ser feita de outro modo (não verbal), desde que se entenda esse requisito como mera formalidade probatória (admitindo esta natureza para a forma prevista no art. 6.º,5 do DL n.º 143/2001, ver JORGE MORAIS CARVALHO, cit., p. 59 e, de certa forma, GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito...*, cit., p. 172, ao admitir, no diploma de 2001, o correio electrónico).

⁹⁰ Os prazos estabelecidos pelo legislador são prazos que interessam para avaliarmos a regularidade do exercício do direito (e para o cumprimento dos deveres restitutivos a cargo do consumidor), não sendo necessário que a declaração chegue à esfera de conhecimento do profissional dentro desses mesmos prazos. Por outras palavras, sendo necessária a expedição dentro do prazo (*dormientibus non securrunt jus*), estando sujeita à aplicação do art. 230.º e tendo de ingressar (como declaração receptícia) na esfera do destinatário (nos termos do art. 24.º,2 do DL n.º 95/2006 a recepção da comunicação estabelece, por ex., o *dies a quo* do prazo de restituição a cargo do prestador), já não é exigível que esta recepção ocorra dentro daquele prazo. Só tendo por fundo estes postulados é que estamos com GRAVATO MORAIS (*O direito de revogação...*, cit., p. 475 e *Contratos de crédito...*, cit., p. 160), quando afirma que a mera expedição da declaração (dentro do prazo) afasta “a regra geral da eficácia das declarações receptícias”.

⁹¹ Ver, nesse sentido, os arts. 66.º do Código de Consumo italiano e 159.º,3 do chamado Projecto GANDOLFI.

⁹² Cit., p. 367.

⁹³ Expressamente nesse sentido os arts. 187.º,3 do Anteprojecto de Código do Consumidor, 64.º,3 do Código de Consumo italiano, II.-5:102,2 do DCFR e o § 355 I do BGB. Cfr., sobre o ponto, E. TORRANO, cit., p. 74.

⁹⁴ BAILLOD, cit., p. 240 e BERNARDEAU, *Le droit de rétractation du consommateur: un pas vers une doctrine d'ensemble – À propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, Travel Vac, aff. C-423/97, in J.C.P.*, n.º 14, 2000, p. 627, integram o direito na chamada “ordem pública económica de protecção”.

⁹⁵ Cfr. os arts. 16.º da Lei n.º 24/96 (estabelecendo uma genérica nulidade de protecção), 18.º,4 do DL n.º 143/2001 (“Têm-se por não escritas as cláusulas que estabeleçam a renúncia...”), 5.º do DL n.º 95/2006 (“o consumidor não pode renunciar...”), 7.º,3 do DL n.º 357-D/2007 (“Têm-se por não escritas as cláusulas que estabeleçam a renúncia ao direito...”), 20.º,1 do DL n.º 275/93, 13.º,1 do DL n.º 72/2008 e 26.º do DL n.º 133/2009. Sobre o regime da “nulidade de protecção” no âmbito dos contratos de consumo, no Anteprojecto de Código do Consumidor, ver o art. 199.º.

correspondia, pois, à melhor solução o regime previsto no art. 8º,5 do DL nº 359/91 de associar a “renúncia”⁹⁶ ao exercício do “direito de revogação com a entrega imediata do bem, tanto mais que não podia ver-se na perda do direito um efeito concludente de um pedido de cumprimento... não exigível. Apesar de o legislador ter consagrado um direito fortemente protector, na sua *ratio* e no seu regime, não é de afastar a possibilidade do consumidor protegido exercer, no prazo de reflexão, uma renúncia abdicativa⁹⁷ do direito (com o efeito de tornar o contrato definitivamente eficaz) ou de renunciar mesmo à chamada suspensão da eficácia do contrato.

Embora o ponto não seja muito considerado nos textos normativos é de pensar que o direito aqui em causa acompanha a eventual cessão da posição de consumidor ou que possa ser oposto a quem no contrato vier ocupar a posição do prestador do bem ou do serviço ou do concedente do crédito⁹⁸. O que já não parece concebível, dada a natureza do direito, é a possibilidade de um credor do consumidor exercer acção subrogatória.

Em último lugar, e no tocante aos efeitos do exercício do direito, a desvinculação provoca uma normal extinção dos direitos e obrigações decorrentes da celebração de um contrato cuja eficácia o legislador pretende suspender o mais possível durante o período de reflexão. Havendo um começo de cumprimento, particularmente nos contratos de consumo com eficácia real ou naqueles (como os de seguro) em que o consumidor tenha já acedido às prestações da contraparte, o exercício do direito comporta uma liquidação restitutiva (*maxime*, reembolso do despendido pelo consumidor, devolução do capital mutuado, dos prémios do seguro, do bem adquirido⁹⁹) e de cumprimento das obrigações subsistentes (pagamento de juros vencidos, pagamento dos serviços prestados, prémio de seguro calculado *pro rata temporis*). É de assinalar também que o exercício do poder desvinculativo provoca a extinção automática dos contratos (de crédito, de compra e venda, de prestação de serviços) coligados com o contrato de consumo livremente resolvido¹⁰⁰. A este propósito é de notar, por um lado, a impropriedade da expressão

⁹⁶ Ver o acórdão da RP, de 5/2/09 (MADEIRA PINTO), in www.dgsi.pt, para a exigência de escrito nessa declaração e o que GRAVATO MORAIS (*O direito de revogação...*, cit., pp. 479 e ss. e *Contratos de crédito...*, cit., pp. 163 e ss. e 177 e ss.) escreveu sobre nº 5 do art. 8º, mesmo na sua articulação com contratos de consumo desprovidos da possibilidade de renúncia.

⁹⁷ Sobre a figura, ver, por todos, F. MANUEL PEREIRA COELHO, *A renúncia abdicativa no direito civil (algumas notas tendentes à definição do seu regime)*, 1995.

⁹⁸ Para esse caso, ver o art. 21º do DL nº 133/2009 e para a transmissão do seguro, ver o art. 95º,1 do DL nº 72/2008. Sobre a dupla transmissão referida no texto, ver GRAVATO MORAIS, *Contratos de crédito...*, cit., pp. 286 e ss.

⁹⁹ É de entender que, ocorrendo a situação descrita no art. 6º,3 do DL nº 143/2001, o prazo de 30 dias para a restituição do bem (art. 8º,3) deva ser contado a partir da data da expedição da carta registada utilizada para o exercício do direito. A não ser feita esta interpretação correctiva do art. 8º,3 a restituição do bem não poderia ser vista como um efeito da declaração desvinculativa, correndo-se o risco da devolução ser feita antes da recepção da declaração. A opção legislativa, de situar no dia da recepção do bem o início da contagem do prazo de 30 dias, não é a melhor pois, sendo resolvido o contrato no último dia do prazo, referido nos arts. 6º,1 e 18º,1, o consumidor nunca poderá usufruir por inteiro do prazo legal fixado para a restituição. Reputamos com melhor acerto as soluções, quer do art. 24º,3 do DL nº 95/2006, quer do art. 191º,1 do Anteprojecto de Código do Consumidor. Para observações críticas do mesmo teor, ver, no direito italiano, L. NATALI, cit., p. 303.

¹⁰⁰ Ver os arts. 16º,6 do DL nº 275/93, 8º,4 e 19º,4 do DL nº 143/2001, 7º,9 do DL nº 357-D/2007 e 18º do DL nº 133/2009. Neste diploma a coligação contratual é igualmente encarada pela perspectiva da invalidade da compra e venda ou do seu incumprimento, não sendo, contudo, a compra e venda atingida automaticamente pelas vicissitudes do contrato de crédito. Com base na redacção do art. 12º,1 do DL nº 359/91, GRAVATO MORAIS, *O direito de revogação...* cit., p. 486, entendia que o consumidor devia enviar (por escrito) ao fornecedor a declaração revogatória (ver, no mesmo sentido, o seu *União de contratos de crédito e de venda para consumo: situação actual e novos rumos*, in EDC, nº 7, 2005, pp. 292-293).

“resolução automática”¹⁰¹ utilizada pelo legislador, por estarmos, em rigor, perante um caso de caducidade e, por outro lado, a ausência de uma norma, idêntica à do art. 67º,6 do Código de Consumo italiano, que faça recair sobre o profissional o dever de informar o intermediário financeiro do exercício do direito, bem como o dever de restituição, pelo profissional, das quantias eventualmente entregues pelo financiador¹⁰². A questão da possível insolvência do fornecedor, anterior ou posterior ao exercício do direito, não parece exigir qualquer solução específica, conquanto seja de aplaudir a exigência de prestação de caução no seio da aquisição dos direitos reais de habitação periódica e de direitos de habitação turística¹⁰³. Como forma de pressionar o fornecedor dos bens a cumprir a obrigação de restituição das quantias pagas pelo consumidor (nos contratos à distância e ao domicílio), o legislador estabeleceu, desde meados de 2008¹⁰⁴, e ao que nos parece de forma desproporcionada, a obrigatoriedade da devolução em dobro em conjugação com uma responsabilidade por danos patrimoniais e não patrimoniais (?)¹⁰⁵. O silêncio sobre as consequências que recaem sobre o consumidor havendo mora na restituição do bem comprado à distância ou no seu domicílio só é compreensível se defendermos como natural o recurso integrador ao regime geral da mora¹⁰⁶. Por outro lado, o legislador não conferiu ao consumidor direito de retenção, nem mandou aplicar as normas gerais que garantem o cumprimento das obrigações recíprocas de restituição.

A propósito deste conjunto de efeitos (ou dos seus pressupostos) há que dizer que o legislador, durante o chamado *cooling off period*, pode “sancionar” (com a perda do direito) o começo da prestação de serviços ou mesmo a execução plena (a pedido do consumidor)¹⁰⁷ e protege em especial o consumidor do dever ou exigência de pagamento imediato dos bens ou serviços contratados¹⁰⁸.

Tendo o contrato natureza precária até ao termo do prazo consignado para o exercício do poder cessativo, há que saber se, independentemente da necessária entrega do bem em certos contratos de consumo translativos (por ex., vendas ao domicílio), o consumidor pode ou não ser considerado titular do direito de propriedade, suportando, como corolário, o risco (de perda/deterioração) que atinja o bem adquirido durante o chamado período de reflexão e até à comunicação do possível exercício do direito. As normas que regulam o direito em análise são omissas quanto ao duplo problema, encarando, apenas, os efeitos obrigacionais do contrato. Esta omissão não deixa de ser preocupante atendendo à multiplicidade de efeitos ligados à translação ou não do domínio sobre os bens. A resposta afirmativa, sugerida pelas regras gerais consagradas

¹⁰¹É de notar que no DL nº 143/2001, nos arts. 5º,3 d), 6º (e 18º) e 8º,4 (e 19º,4), encontramos três sentidos jurídicos diferentes da palavra “resolução” sem nenhum ter verdadeiramente a ver com o genuíno direito de resolução.

¹⁰² Cfr. MATTEO DE POLI, *Gli effetti sul contratto di credito al consumo del recesso da un contratto concluso a distanza o a domicilio*, in NGCC, II, 2008, pp. 15 e ss. Ver, contudo, sobre ambos os pontos, os arts. 305º e 306º do Anteprojecto de Código do Consumidor.

¹⁰³ Assim, os arts. 15º e 52º do DL nº 275/93.

¹⁰⁴ O DL nº 82/2008, de 20 de Maio, alterou algumas normas do DL nº 143/2001.

¹⁰⁵ O incumprimento do dever constante dos arts. 8º,2, 9º,3 e 19º,2 determina a aplicação de uma contra-ordenação segundo os quantitativos fixados no art. 32º.

¹⁰⁶ Para uma aplicação das regras gerais sobre a mora, ver M. GORGONI, cit., p. 1036 e, para o reconhecimento das lacunas relativas ao dever restitutório que recai sobre o consumidor, ver L. NATALI, cit., pp. 302 e ss.

¹⁰⁷ Cfr. os arts. 7º, a) do DL nº 143/2001 e 23º do DL nº 95/2006 e ver, para outra solução, o art. 25º deste último diploma.

¹⁰⁸ Quer o nº 4 do art. 7º do DL nº 357-D/2007, quer os arts. 14º e 53º do DL nº 275/93(meramente aplicáveis à situação descrita nos arts. 16º,1 e 49º,1), proibem, respectivamente, que a entidade comercializadora e o vendedor recebam ou exijam quantias antes de expirar o prazo de reflexão (no primeiro caso, o legislador, de forma original, alarga até 17 dias o período da proibição). Ver também os arts. 20º do DL nº 143/2001 e 25º,1 do DL nº 95/2006.

nos arts. 408º,1 e 796º,1 do CC, além de subtrair o bem ao poder dos credores do fornecedor (com devolução desse poder aos credores do consumidor?) e de permitir a sua alienação (pelo consumidor/proprietário) no período de reflexão, com o efeito de equivaler a um acto concludente de renúncia ao exercício do arrependimento, comportaria, em caso de “livre resolução”, uma “retroactividade real” (restauração da propriedade no vendedor, exigindo-se ao consumidor o dever de conservar o bem para o poder restituir ao vendedor¹⁰⁹) e faria recair o risco sobre o consumidor/proprietário, determinando a perda do reembolso das quantias entregues, o seu pagamento ou mesmo a perda do próprio direito por impossibilidade restitutiva (favorecida pela lógica tutelar do direito?¹¹⁰). Mesmo que se entenda que a entrega do bem não é feita no exclusivo interesse do fornecedor, e desde logo quanto à questão do risco, é de afastar o entendimento que o faz recair sobre o consumidor já que esta solução vai contra a teleologia do direito, de querer o legislador salvaguardar o seu exercício¹¹¹, a restituição das eventuais somas pagas pelo consumidor ou a sua libertação das obrigações assumidas. Havendo “nebulosidade” sobre o real significado jurídico do período de reflexão, temos mais dúvidas quanto à resposta a dar à possível transmissão da titularidade do direito de propriedade, até porque se é pensável fazer aplicar aos contratos translativos de consumo a parte final do art. 408º,1 do CC ou ver nesses contratos uma implícita reserva de propriedade, sufragando, assim, a suspensão da eficácia real a par da normal suspensão, total ou parcial, da eficácia obrigacional, também nada parece impedir que se considere o consumidor um proprietário, pelo menos temporário, titular de um direito que poderá perder ou ver consolidado. E como a questão do risco não tem que estar associada à questão da transferência do domínio, concordamos em absoluto com as soluções consagradas no art. 192º do Anteprojecto do Código do Consumidor¹¹² ao fazer recair o risco sobre o profissional “até à restituição do bem” ou “até decorrer o prazo para resolver o contrato” (o seu nº 2, para a

¹⁰⁹ Cfr. o nº 3 dos arts. 8º e 19º do DL nº 143/2001. Para a valoração de uma culpa em concreto e para a ausência de pedidos indemnizatórios ligados à desvalorização do bem, ver o art. 193º do Anteprojecto cit.

¹¹⁰ Ver o nosso *A resolução...*, cit., pp. 197 e ss., para a conflitualidade (sanável) entre as questões resolutiva e do risco.

¹¹¹ Será que da leitura da alínea c) do art. 7º do DL nº 143/2001 resulta, como pressuposto geral do exercício do direito, a possibilidade do bem poder ser restituído? Não o cremos, tratando-se, como se trata, de um caso particular perfeitamente justificativo da exclusão (não forçosa) do direito. Ver, aliás, como reforço deste entendimento, embora noutra área de tutela do consumidor, o nº 4 do art. 4º do DL nº 67/2003, de 8 de Abril. O art. 67º,2 do Código de Consumo italiano, numa leitura não unívoca, também pode ser entendido no sentido de não exigir propriamente que o bem exista à data do “recesso”, mas que, existindo, deve ser restituído na sua “sostanziale integrità”. Embora, sem a devida certeza, cremos que, entre nós, e naturalmente na ausência de culpa do consumidor, a eficácia do exercício do direito não parece estar condicionada pela possibilidade restitutiva (a restituição e a conservação do bem são efeitos da declarada desvinculação) ou sequer pela constatação de que o bem restituído não está “em devidas condições de utilização” (arts. 8º,3 e 19º,3 do DL nº 143/2001). No § 495 do BGB, relativo ao “Widerrufsrecht” no “Verbraucherdarlehensvertrag” é que a eficácia da “revogação” está dependente da restituição do empréstimo. Neste diploma, dada a consagração do “direito de revogação” como um “modifiziertes Rücktrittsrecht”, entende-se que o consumidor terá que indemnizar pelo valor não só nos casos em que haja uma perda ou deterioração significativa do bem recebido, mas também quando o consuma, aliene, onere, transforme ou desvalorize em consequência de uma utilização normal não relacionada com o exame do bem (cfr. ULMER, cit., pp. 2295 e ss.).

¹¹² Sobre o tema, ver LUCÍA JIMÉNEZ, cit., pp. 286-287 (assinalando as diferentes posições de RUVOLO, adepto da aplicação da disciplina geral que converte o consumidor em proprietário, e de GIANPETRAGLIA, CHERUBINI e BOCCHINI, defensores de regras baseadas na *ratio* do direito e na indagação da conduta das partes e que alijam o risco da esfera do consumidor), CHERUBINI, cit., pp. 704 e ss., (dando igualmente conta da divisão existente na literatura italiana) e GALLARATI, cit., p. 371, para a consideração do profissional como “best risk bearer”.

perda/deterioração consequentes ao exercício do direito, manda aplicar as regras de repartição do risco nas chamadas dívidas de envio)¹¹³.

5. Independentemente das características acabadas de enunciar, cuja fixação é importante para nos guiar na opção pelo tipo desvinculativo mais apropriado para enquadrar a figura, convém realçar que o direito aqui em causa pressupõe claramente, e em regra, a *conclusão instantânea de um contrato de consumo*, não se afastando alguma eficácia imediata ou princípio de execução, sobretudo por iniciativa do consumidor, e visível na entrega do bem, no pagamento contra a entrega do bem, na disponibilidade do capital mutuado, no pagamento dos prémios de seguro. A tensão entre essa eficácia contratual e a contenção legal dessa mesma eficácia (limitada ou mesmo excluída pelo legislador¹¹⁴), revela que, com exclusão desta última hipótese, paira sobre o contrato a ameaça da sua extinção, a perda total e definitiva da sua eficácia. O período de tempo que permite ao consumidor reflectir como que provoca um natural “adormecimento”, suspendendo o cumprimento de deveres essenciais do consumidor face à possível definição (pelo exercício ou não do direito de arrependimento) da provisoriedade da vontade vinculativa.

Embora alguma doutrina¹¹⁵ entendesse não haver qualquer especificidade, a forma como estava redigido o n.º 1 do art. 8.º do anterior DL n.º 359/91 (“...a declaração negocial do consumidor relativa à celebração de um contrato de crédito só se torna eficaz se o consumidor não a revogar...”) e mesmo a parte final do seu n.º 4 (“...não são exigíveis enquanto se não tornar eficaz a declaração negocial do consumidor”) parecia dar a entender que o “período de reflexão” e a ausência de “revogação” condicionavam não propriamente a eficácia do contrato mas, em rigor, a sua própria conclusão. Por outras palavras, mais do que permitir a desvinculação potestativa do contrato, o trecho em causa, na sua literalidade, parecia favorecer a retractação da declaração do consumidor ou, na sua ausência, a sua “conjugação contratual” com a declaração da outra parte.

Ao comentar o preceito, num quadro comparativo com a hipótese descrita no DL n.º 275/93, JANUÁRIO GOMES¹¹⁶ não deixou de considerar que o “arrependimento”, no contrato de crédito ao consumo, estava integrado “...na fase de formação contratual, alargando-a, para o efeito, até ao termo do período de reflexão”. Noutro passo das suas reflexões¹¹⁷, o jurista afirma que “o n.º 1 do art. 8.º estabelece, ao fim e ao cabo, uma condição suspensiva de eficácia da declaração negocial do consumidor (a não revogação da mesma declaração): verificada a condição...o contrato considera-se celebrado desde o momento em que o seria se a declaração negocial...não estivesse sujeita a condição”. Numa visão global sobre a melhor “técnica” de protecção do consumidor, JANUÁRIO GOMES, no seu estudo de 1995, não teve dúvidas em defender que, em geral, o período de reflexão devia ser tratado como “um período de “arrefecimento” da declaração de vontade do consumidor e não do contrato...”¹¹⁸. Na

¹¹³ Cfr., para a oneração do profissional com os custos e o risco da devolução (Rücksendung), o § 357,2 do BGB.

¹¹⁴ Ver, como exemplo único da suspensão plena de eficácia, o n.º 1 do art. 322.º do CVM, como exemplos de uma suspensão unilateral, a redacção dada aos arts. 20.º,2 do DL n.º 143/2001, 25.º,1 do DL n.º 95/2006 e ao n.º 4 do art. 7.º do DL n.º 357-D/2007 (“...deve abster-se da prática de quaisquer actos de execução do contrato celebrado...”) e como exemplo de uma suspensão bilateral provisória, o art. 14.º do DL n.º 275/93.

¹¹⁵ ROMANO MARTINEZ, cit., p.165.

¹¹⁶ Cit., pp. 81 e 84.

¹¹⁷ Cit., 83.

¹¹⁸ Cit., pp. 84-85. Aderindo à posição de JANUÁRIO GOMES, ver ELSA DIAS OLIVEIRA, cit., p. 102. A propósito da solução desse art. 8.º,1, a jurista (p. 99) entende o “período de reflexão” como meio do consumidor “afastar a eficácia da sua declaração negocial já emitida”. Cremos, contudo, que, em rigor,

sua tese de doutoramento, publicada em 2000, JANUÁRIO GOMES¹¹⁹ parece abandonar a anterior posição “condicional”, conquanto trate apenas do tema da possível revogação da “declaração fidejussória” e das suas implicações na relação de crédito ao consumo. Já GRAVATO MORAIS, em estudos mais recentes¹²⁰, combate “...a tese que insere este direito no processo de formação do contrato de crédito...”, conquanto não seja muito convincente quanto à questão de saber se o “modelo de ineficácia”¹²¹ ou de “eficácia suspensa”, a que se refere, apoiado em FERREIRA DE ALMEIDA¹²², tem a ver com a suspensão de efeitos do “negócio concluído” ou apenas da “declaração negocial do consumidor”. Para nós, como vamos ver a seguir, no âmbito do art. 8º,1 do DL nº 359/91, quer o credor, quer o consumidor estavam vinculados, embora se tratasse de um contrato com eventual suspensão provisória de efeitos¹²³ (utilizando a distinção feita por ROUHETTE¹²⁴, podia ver-se nesse normativo a separação entre “l’engagement-consentement” e “l’engagement-obligation”), tendo o legislador, realisticamente, visto na revogação da “declaração negocial do consumidor” a forma mais perfeita de traduzir o desejo de arrependimento do seu autor. Tratava-se de uma técnica própria da época e a que GÜNTER REINER¹²⁵ chamaria de “modelo de ineficácia”, para vincar a ideia de que o contrato e a declaração do consumidor permaneciam sem efeitos (“schwebend unwirksam”) até ao fim do prazo de reflexão, funcionando o exercício do direito, segundo a jurisprudência do BGH, da década de 90, como “rechtshindernde Einwendung”¹²⁶.

Como quer que seja, e sem pensarmos sequer na actual clarificação feita pelo legislador do DL nº 133/2009 e na consagração de um “modelo de eficácia”, que do próprio texto da norma em análise (“...assinatura do contrato...”; “o cumprimento do contrato de crédito...”) já resultava claramente que estava em jogo *não uma questão formativa mas um problema de eficácia contratual*¹²⁷. Efectivamente, o não exercício do direito

o direito de revogação previsto na norma servia para o consumidor confirmar em definitivo a ineficácia do negócio.

¹¹⁹ *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, 2000, pp. 751 e ss. Invocando, como apoio central, a norma do art. 631º,1 do CC, o ilustre jurista confere ao fiador, nesse e noutros casos, a possibilidade desvinculativa, apesar de esgrimir com o “carácter excepcional” do poder revogatório do consumidor.

¹²⁰ *O direito de revogação...*, cit., pp. 487 e ss. e *Contratos de crédito...*, cit., pp. 167-169.

¹²¹ Quando GRAVATO MORAIS (*O direito de revogação...*, cit., p. 489) alude ao “modelo de eficácia” do § 355, I do BGB, este modelo não pode ser “extraído” apenas da redacção desse normativo, dado conter uma redacção não inteiramente conclusiva (“...seine auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden...”).

¹²² No seu *Direito do consumo*, cit., p. 112, o jurista integra o regime do art. 8º,1 no modelo germânico da “eficácia suspensa”.

¹²³ ROMANO MARTINEZ, cit., p. 165, não deixa de sustentar que o nº 3 do art. 8º consagra(va) uma “retroactividade mitigada”.

¹²⁴ *Apud* R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L’acte unilatéral dans les rapports contractuels*, 1996, p. 5, nota 17.

¹²⁵ Cit., pp. 4-7 e 19 e ss. (segundo o jurista esse “modelo” continua presente na legislação alemã). Cfr., também, entre outros, C. BERGER, *Die Neuregelung des verbraucherrechtlichen Widerrufsrechts*, in *Jura*, 2001, p. 292..

¹²⁶ Para uma análise impressionante dos modelos de revogação da declaração de vontade no período anterior à introdução do § 361 a, ver J. GERNHUBER, *Verbraucherschutz durch rechte zum Widerruf von Willenserklärungen*, in *WM*, 1998, pp. 1797 e ss.

¹²⁷ O que não parece ter estado no pensamento do legislador de 1991 terá sido uma pura construção “condicional” do regime do art. 8º na linha do defendido por JOANA VASCONCELOS (*O contrato de emissão de cartão de crédito*, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor ALMEIDA COSTA*, 2002, p. 738), ao subordinar a eficácia do contrato à verificação de uma “condição suspensiva negativa”. É de atentar que esta construção “apaga” o papel volitivo do titular do direito. Para a defesa do “droit de repentir” como “condição resolutive puramente potestativa”, ver BERNARDEAU, cit., p. 624 e ss. Esta concepção lida, contudo, com uma condição duplamente imprópria, se pensarmos que o direito deriva da lei e que

conferia (e confere) ao contrato e à declaração do consumidor a sua plena eficácia, não equivalendo, assim, à aceitação “silenciosa” de uma proposta (ou de uma oferta) com o efeito da perfeição contratual, nem sequer podendo ser visto como confirmação de um acordo inicial, provisório ou uma espécie de opção negativa do consumidor (em celebrar o contrato) face à já existente vinculação da outra parte¹²⁸. O falar-se, com acerto, em revogação da declaração negocial, não podia afastar a interpretação de que aquilo que também estava em causa era uma tomada de posição final sobre o todo (contratual), conquanto utilizando a técnica impressiva de seccionar o contrato em duas declarações de vontade. Em suma, e apesar da epígrafe do antigo art. 8º¹²⁹, a revogação da “declaração negocial” impedia a plena eficácia de um contrato perfeito *ab initio*, provocando a extinção/liquidação *ex nunc* do consenso formado. Este modelo construtivo continua hoje patente nos contratos de intermediação financeira, ao dizer-se, no art. 322º,1 do CVM, que “as ordens para execução de operações e os contratos de gestão de carteira...só produzem efeito três dias úteis após a declaração negocial do investidor”, sendo certo que, nesse período, pode haver “arrependimento”.

Esta posição legislativa de considerar o contrato concluído era corroborada pelo teor de outros preceitos legais, da mesma década de 90¹³⁰, relativos aos contratos de seguro pessoais, e nos quais se afirmava expressamente, com outra técnica, o direito do tomador renunciar “aos efeitos do contrato”.

Contrariamente à tese actualmente dominante em vários quadrantes, sustentável com os textos legais mais recentes, no sentido de conectar o poder desvinculativo com a eficácia de um contrato concluído instantaneamente¹³¹, o diferimento da perfeição/completude contratual ou a tese da “formação progressiva do contrato” foi defendida, em França, por autores, como BAILLOD e CALAIS-AULOY com base em textos normativos menos recentes (sobretudo, em sede de crédito imobiliário) e que parecem fazer sobressair mais um direito de reflexão do que um direito de retractação¹³². Se para CALAIS-AULOY¹³³ não é a assinatura do contrato que o conclui, mas apenas o esclarecimento da vontade do consumidor reportado ao termo do prazo de reflexão, para BAILLOD¹³⁴, numa formulação aproximada, o consentimento do consumidor vai-se formando progressivamente, tendo em conta que na “primeira”

tem que ser exercido pelo seu titular, enquanto manifestação de um poder cessativo. Como diz BAPTISTA MACHADO (*A cláusula do razoável*, cit., p. 497) a pura condição potestativa só “relewa como mero *facto* (como “evento”), por força do vínculo contratual..., e não como acto jurídico-negocial...”.

¹²⁸ Para a defesa dessa tese, ver M. GORGONI, cit., p. 1036 e, ao que cremos, L. NATALI, cit., p. 299. Segundo este jurista, como o pacto de opção apenas vincula o profissional, radicaria nesta construção a *ratio* da suspensão da eficácia em relação ao consumidor.

¹²⁹ V. JACOMETTI, cit., p. 569, não deixa, contudo, de assinalar que, aparentemente, a chamada técnica do “período de reflexão” está mais consonante com o circunstancialismo que preside à contratação de um crédito ao consumo. Nas pp. 569-570, a investigadora italiana, afirmando, embora, que o “período de reflexão” e o *ius poenitendi* servem o mesmo fim de “proteggere il consenso del contraente debole”, avoca argumentos que tornam preferível o segundo mecanismo.

¹³⁰ Por ex., o art. 22º,1 do DL nº 176/95, de 26 de Julho. Este e outros normativos foram revogados pelo art. 6º,2 do DL nº 72/2008. Ver, contudo, para a conservação dessa terminologia os arts. 27º e 28º do DL nº 12/2006, cit.

¹³¹ Assim, ROMANO MARTINEZ, cit., pp. 55-56 e 161, ENGRÁCIA ANTUNES, cit., pp. 227 e 229, E. TORRANO, cit., p. 72, MALINVAUD, cit., p. 148, ROUHETTE, V. CHRISTIANOS, *Délai de réflexion: théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs*, in D./chr., 1993, pp. 28 e ss., PIZZIO (cfr., para ambos, BERNARDEAU, cit., p. 626), CHERUBINI, cit., p. 701 e V. JACOMETTI, cit., pp. 593 e ss., sobretudo, p. 597 (o “*ius poenitendi* suspende l’efficacité del contratto”). Curiosamente o art. 1110º-2 do Anteprojecto CATALA relewa o mecanismo do “*délai de réflexion*”, apesar de também aludir ao “*délai de repentir*”.

¹³² Cfr., para essa legislação, MALINVAUD, cit., pp. 145-146.

¹³³ *L’influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, in Rtdciv. 2, 1994, p. 244.

¹³⁴ Cit., pp. 235 e ss.

vinculação não estava na posse de todos os elementos para uma correcta ponderação. Nesta tese, tributária do que CORNU apelidou de “consentement à double détente”¹³⁵, não há pois um contrato definitivamente concluído, nem natural produção de eficácia, enquanto o consentimento não for igualmente definitivo. Se o “droit de repentir” não for exercido é com base no “primeiro” consentimento que “repousará... a conclusão definitiva do contrato, pois não há necessidade de uma confirmação ou reiteração da vontade”¹³⁶. Para BAILLOD¹³⁷ “o primeiro consentimento movimenta um processo de formação contratual que, não sendo interrompido pelo arrependimento, vai consolidar-se e tornar-se definitivo pelo mero escoar do prazo de reflexão”. O jurista utiliza uma curiosa imagem da linguagem “reprodutiva” ao dizer que, enquanto o consentimento não for definitivo, o contrato é comparável a um “embrião”, havendo uma “interrupção voluntária da gravidez” logo que seja exercido o direito de “repentir” e ocorrendo o “nascimento jurídico” desse mesmo “embrião”, enquanto contrato definitivo, no termo do prazo de reflexão. Ao comparar a construção da conclusão contratual com a técnica da reflexão anterior à vinculação, BAILLOD¹³⁸ imputa “incidências económicas” negativas a esta última dado potenciar uma “incerteza quanto à conclusão definitiva do contrato”, agravada, para nós, nos casos em que não exista um prazo limite para o termo da reflexão. Também não deixa de ser verdade que a privação da eficácia real do contrato de consumo *in faciendo* (e que também ocorre avocando a construção que torna o consumidor simples titular de um direito de opção) permite defender soluções consentâneas (com a situação jurídica de um consumidor não proprietário) para o problema da repartição do risco no período anterior e posterior ao exercício do direito.

6. Relativamente à questão essencial do estudo, é de questionar se estamos perante um remédio desvinculativo novo, a carecer de uma designação e de um regime novos, se “cabe”, sem dificuldades, em figuras tradicionais ou se temos que defender um modelo híbrido composto de elementos tradicionais e menos tradicionais. Se na legislação italiana e alemã não deixaram de ser utilizados os termos *recesso* e *Widerruf*, termos estes com acentuada tradição nesses direitos, já V. JACOMETTI¹³⁹, na conclusão do seu estudo sobre o *ius poenitendi* no direito francês, considera estarmos perante uma “figura nuova”, que parece adequado, de acordo com “la recente tendenza del legislatore”, “baptizar” com a designação de “droit de rétractation” por ter subjacente uma ideia de “rinneazione”. Será aceitável este ponto de vista?

Como é sabido, o legislador (cfr. o art. 406º,1 do CC) não atribui aos contraentes a possibilidade de “rompimento” do contrato por acto/vontade unilateral a não ser que haja acordo das partes ou que a própria lei, em nome da protecção de um dos contraentes, autorize a desvinculação. Sendo já bastantes estes últimos casos, não é de admirar que autores, como N. BRUTTI¹⁴⁰, tenham a percepção de que o “potere di ritirare la parola” está cada vez mais ao serviço da “autodeterminazione della persona”. A desvinculação legal-unilateral, podendo ocorrer com base em diversos fundamentos (é paradigmático o caso da resolução contratual por incumprimento definitivo), também pode ser exercida, sob diversas designações, sem motivação, de forma discricionária. Referindo apenas situações previstas no CC, é o que acontece com a *revogação* do contrato a favor de terceiro (art. 448º), da consignação em depósito (art. 845º), do mandato (art. 1170º,1) ou da doação entre casados (art. 1765º,1), a *denúncia* pelo arrendatário habitacional do contrato de arrendamento de duração indeterminada (art.1100º), a *desistência* do dono da obra ou do devedor na cessão de bens (ver,

¹³⁵ *Apud* J. PASSA, cit., p. 559.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 236.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 236.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 252.

¹³⁹ Cit., p. 599.

¹⁴⁰ Cit., p. 511.

respectivamente, os arts. 1229º e 836º) e, porventura, a *retractação* da promessa de casamento (arts. 1592º e 1594º,1).

Se olharmos agora para o leque de hipóteses em que as partes podem fixar esse poder desvinculativo imotivado (a “rupture voulue” de que fala LE GAC-PECH¹⁴¹ para a distinguir da “rupture sanction”), com atribuição unilateral ou bilateral, teremos que aludir, forçosamente, não só à própria fixação do direito desvinculativo aqui em causa¹⁴², mas também às chamadas “cláusulas de rescisão” dos praticantes desportivos e ao *pactum displicentiae* patente no sinal ou na cláusula penitencial, já que, como vimos, não é líquido que exista uma reserva de resolução (*rectius*, cláusula potestativa¹⁴³) na venda a retro e na segunda modalidade da venda a contento¹⁴⁴. Se a “cláusula de rescisão” “permite ao praticante desportivo desvincular-se livremente sem qualquer sanção de natureza desportiva”¹⁴⁵, se significa “...que o praticante desportivo poderá fazer cessar *licitamente* o contrato, *ante tempus e sem justa causa*, pagando determinado montante”¹⁴⁶, o chamado “sinal penitencial”¹⁴⁷, objecto de cláusula ou não, permite, na verdade, aos promitentes (ou a um deles) a desvinculação da promessa, o arrependimento, tornando naturalmente lícito aquilo que nem sequer se poderá apelar de incumprimento. Tendo a desvinculação ou a resolução “imprópria” um preço a sua eficácia está condicionada a esse pagamento.

Embora a funcionalidade última da *revogação*, da *denúncia*, da *retractação* e da *desistência* seja comum, isto é, libertar o legitimado do contrato, não se trata de figuras indiferenciadas nos seus pressupostos e efeitos, se pensarmos que a *denúncia*¹⁴⁸ está prevista para pôr termo aos contratos sem termo final de duração, operando tipicamente *ex nunc* e tendo que ser exercida com determinada antecedência, enquanto a *revogação*, independentemente da sua aplicação a negócios unilaterais (por ex., revogação da proposta contratual, da procuração, da promessa pública ou do testamento¹⁴⁹), é caracterizada por ser um meio cessativo de relações instantâneas ou duradouras, com normal fundamento discricionário e típica eficácia *ex nunc* (o seu escopo típico não é “apagar” efeitos já produzidos) e com ou sem consequências indemnizatórias. A

¹⁴¹ Cit., p. 229.

¹⁴² Nesse sentido, para abarcar os casos que escapam à previsão legal, ver ENGRÁCIA ANTUNES, cit., p. 229 e THOMAS RIEHM, cit., p. 506.

¹⁴³ Assim, BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos...*, cit., p. 185.

¹⁴⁴ A essa imprópria cláusula resolutiva corresponde, no direito francês, a “faculté de dédit”, consagrada no art. 1134º-1 do Anteprojecto CATALA (cfr. também o art. 1590º do CC-F relativo à promessa com arras) e que pode estar prevista a favor de uma ou das duas partes, exercendo-se por mera manifestação de vontade discricionária, dentro de prazos curtos, com eficácia retroactiva e com implicações gratuitas ou onerosas (cfr. V. JACOMETTI, cit., p. 576).

¹⁴⁵ ALBINO MENDES BAPTISTA, *Breve apontamento sobre as cláusulas de rescisão*, in RMP, nº 91, ano 23º, 2002, p. 146

¹⁴⁶ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Sobre as “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol*, in RLJ, ano 135º, nº 3934, p. 22 (os itálicos são do autor). Para a defesa de uma mesma licitude, ver NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Clubes de futebol, jogadores e transferências: o problema da validade das “cláusulas de rescisão”* - Ac. do STJ, de 7.3.2007, in CDP, nº 17, 2007, pp. 65 e ss.

¹⁴⁷ Ver, desenvolvidamente, o nosso *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral. A dualidade execução específica-resolução* (sep. do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. FERRER CORREIA-1984), 1987, pp. 61 e ss. e NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Ensaio sobre o sinal*, 2008, pp. 29 e ss, 46 e ss e 56 e ss. Com o devido respeito, parece-nos que este jurista esquece o desaparecimento da realidade contratual ao entender que a desvinculação não é a “actuação eficaz de um direito de revogação ou de resolução”, mas apenas a expressão de uma “obrigação com faculdade alternativa” (pp. 69-70).

¹⁴⁸ É de considerar como denúncia a “exoneração” do sócio referida no art. 1002º, embora MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, II, 1984, p. 763, nota 444, a veja como “extinção de posição relativa”, como renúncia.

¹⁴⁹ É de assinalar que no §355 do BGB, numa técnica que lembra a utilizada no nº 1 do art. 8º do DL nº 359/91, o “Widerrufsrecht” começa por libertar o consumidor da sua “declaração de vontade”.

doutrina nacional¹⁵⁰ acentuando, na verdade, as normais discricionariedade e eficácia *in futurum* da figura, não afastam a sua possível retroactividade, num tom que, recordando a “revoca” do direito italiano, procura privilegiar mais o negócio em si e menos os efeitos deste derivados. Quanto à *desistência* e à *retractação*, dado o aspecto mais episódico da sua utilização, parece-nos viável, num esforço para conter a fragmentação das figuras extintivas, a sua recondução ao âmbito da revogação¹⁵¹, salientando-se ainda, quanto à *retractação*, a sua ligação mais rigorosa com declarações unilaterais (que ainda não produziram eficácia na esfera dos destinatários) e a circunstância de querer sugerir um nítido arrependimento (a *retractatio* significava precisamente uma mudança de opinião)¹⁵².

Deste conjunto de considerações parece resultar, como conclusão, que o *direito de revogação unilateral e imotivado tem subjacente, em regra, a tutela particular de um dos contraentes, possibilitando-se, mesmo que esse contraente não esteja arrependido de ter contratado, a sua desvinculação de um contrato em execução*. Também como regra essa revogação não conhece pré-avisos ou prazos curtos de exercício, está sujeita à liberdade de forma, só tem eficácia para futuro e pode implicar, mesmo na sua licitude, o pagamento de uma obrigação indemnizatória. Será que esta caracterização de uma figura clássica cessativa permite convolar o chamado *direito de livre resolução* para um *direito de (livre) revogação*? Neste ponto, há que recordar que assim procedeu o legislador do DL nº 133/2009, relativo ao crédito ao consumo, contra uma terminologia que parecia estar consolidada.

Relembremos que o *direito chamado de “livre resolução” tem como características dominantes o ser um poder potestativo¹⁵³, unilateral, exercido com discricionariedade absoluta, no exclusivo interesse do consumidor (um verdadeiro direito contra si mesmo) e após informação da sua existência, sujeito a prazos curtos de caducidade e à exigência de um certo formalismo, com natureza imperativa e com um efeito liberatório e (eventualmente) recuperatório, mas sempre sem implicar penalizações ou indemnizações*. E embora esse poder procure tutelar o processo formativo de um contrato, tido por válido, não visa reagir contra os chamados vícios clássicos da vontade ou, em rigor, contra as chamadas práticas comerciais desleais, enganosas ou agressivas, uns e outras susceptíveis de conduzir à anulação negocial¹⁵⁴. Mas também não se destina a reagir contra qualquer incumprimento ou cumprimento defeituoso, violações estas susceptíveis de originar o nascimento de um verdadeiro direito de resolução. Se, na verdade, o bem adquirido pelo consumidor é um bem “desconforme com o contrato” (por ex., inadequação para o fim tido em vista pelo comprador), o seu direito de resolução¹⁵⁵ é um poder com uma filosofia mais próxima da *Grundnorm* do art. 801º,2 do CC dado ser um remédio não discricionário, de exercício subsidiário (face às vias reparadora e substitutiva), não dependente da culpa do vendedor e a ser exercido pelo

¹⁵⁰ Ver, entre outros, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, II (reimpressão da 7ª ed.), 2001, p. 279 (na p. 280 diz-se que “Tal como a *resolução*, também a *revogação* pode *criar obrigações*, em regra de restituição...ou *extinguir* obrigações já constituídas), GALVÃO TELLES, *Manual...*, cit., p. 380 e CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 1979, pp. 261-262. Em particular, para o mandato, ver ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “*Revogação unilateral*” do *mandato, pós-eficácia e responsabilidade pela confiança*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor I. GALVÃO TELLES*, I, 2002, pp. 318 e ss.

¹⁵¹ Note-se, embora no caso do art. 230º,2, a sinonímia entre revogação e retractação. ROMANO MARTINEZ, cit., p. 64, trata, contudo, a desistência como “tipo” de denúncia.

¹⁵² S. MIRABAIL, *La rétractation en droit prive français*, 1997, pp. 2-3, define a retractação como “um acto unilateral de vontade incompatível com uma vontade anterior manifestada pelo mesmo sujeito”. O jurista alude à “unilateralidade”, à “incompatibilidade” e à “substituição volitiva” como características essenciais da figura.

¹⁵³ Expressamente para essa natureza, ver o Ac. do STJ, de 28/4/2009 (FONSECA RAMOS).

¹⁵⁴ Cfr., de novo, o art. 14º e outros normativos do DL nº 57/2008.

¹⁵⁵ Ver o art. 4º do DL nº 67/2003, de 8 de Abril.

próprio consumidor (por ex., de uma compra e venda à distância) que, tendo abdicado da “livre resolução” ou deixado escoar o prazo do seu exercício, constate a existência de um defeito insanável no bem adquirido ou o cumprimento defeituoso do serviço contratado. Passado o período de ponderação e de aplicação do regime especial, o contrato de consumo fica naturalmente sujeito à possível aplicação das regras gerais ou de outras regras especiais. E foi nesta perspectiva que o legislador do DL n° 72/2008¹⁵⁶ separou com nitidez a resolução com justa causa da “livre resolução”. Uma coisa parece certa: o chamado “direito de livre resolução” está mais próximo, na sua razão de ser, de um direito de anulação do que de um direito de resolução, se pensarmos, com N. BRUTTI¹⁵⁷, que tem a ver com “anomalias” da declaração de vontade e não com vícios ligados à execução do contrato. Regressando ao pensamento de GÜNTER REINER, e embora o teor do § 355, 1 do BGB aluda expressamente à “declaração de vontade” do consumidor, parece existir, na verdade, uma aproximação entre o chamado “direito de revogação” e o direito de anulação. Consciente das dificuldades do problema da natureza jurídica do “direito de revogação” do consumidor¹⁵⁸, o jurista alemão, com o apoio de autores como GERNHUBER e HÄRTING, repudia a aproximação com a resolução (como decorre do teor do § 357 do BGB), vendo na “revogação”, sob o ponto de vista funcional e técnico, um direito potestativo similar à anulação¹⁵⁹. Como ambas as figuras, por contenderem com “viciações originárias”, protegem o processo de formação livre da vontade, não existem diferenças estruturais entre o mecanismo do § 355 e o do § 123 do BGB, ou seja, tendo ambos eficácia provisória, há afinidade entre a viciação do negócio por erro ou coacção e a viciação por falta de esclarecimento ou de conhecimentos. Esta perspectiva de G. REINER, que lhe permite extrair alguns efeitos práticos (como a aplicação subsidiária das regras do enriquecimento sem causa¹⁶⁰), podendo ser potenciada, leva-nos a colocar, pelo menos teoricamente, a seguinte interrogação: não é possível tratar esta contratação protegida como uma espécie de “contratação não desejada”¹⁶¹? Não negando que esta contratação pressupõe a existência de *culpa in contrahendo* (*maxime*, por indução negligente em erro¹⁶²) e que, apesar do “vício” originário, o profissional, em regra, não contrata induzindo o consumidor em erro, doloso ou não, ou exercendo coacção, também nos parece que a publicação do DL n° 57/2008, de 26 de Março, sobre as práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, permite abrir uma linha de concorrência (com os instrumentos jurídicos da anulação, modificação e responsabilidade civil) com o poder desvinculativo, quer no caso dos comportamentos que omitam ou retardem “uma informação com requisitos substanciais para uma decisão esclarecida do consumidor”¹⁶³, quer perante “uma prática comercial que, devido a assédio, coacção ou influência indevida, limite ou seja susceptível de limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor...”¹⁶⁴. E também não está prevista a anulação no art. 282° do CC quando uma das partes, de forma interessada, aproveita a “inexperiência” ou a “ligeireza” alheias?

¹⁵⁶ Cfr. os arts. 116° e 118°.

¹⁵⁷ Cit., p. 512. Para BRUTTI (p. 513) as normas reguladoras dos contratos de consumo procuram garantir o “autocontrollo della manifestazione di volontà”.

¹⁵⁸ O jurista (cit., pp. 12-13) lembra que a palavra “Widerruf” é utilizada no BGB em mais de vinte lugares.

¹⁵⁹ Cit., pp. 27 e ss. Na p. 32, G. REINER afirma que a resolução não se destina a proteger a autodeterminação mas apenas a “execução prestacional perturbada”. Para uma aproximação menos intensa à anulação, ver A. FUCHS, *Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts*, in ZIP, 2000, p. 1282.

¹⁶⁰ Cit., pp. 36 e ss.

¹⁶¹ Ver P. MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, II, 2008, p. 879.

¹⁶² Cfr. as hipóteses descritas nos arts. 25° e 26° com os casos do art. 118°, todos do DL n° 72/2008.

¹⁶³ Arts. 9° e 10°.

¹⁶⁴ Art. 11°.

CARNEIRO DA FRADA¹⁶⁵, consciente destes diferentes planos protectores, salienta, precisamente, que estando em causa a “liberdade de decisão autonómica do sujeito”, o “direito ao arrependimento”, procurando remover o dano da celebração de um contrato, deve ser integrado nas “*formas de tutela de cariz abstracto, tipicizador*” e não nos meios de “*defesa individual*” da liberdade contratual.

O chamado “direito de livre resolução”, tendo como legitimado um contraente tido por parte mais frágil, *visa, como já fomos dizendo, evitar vinculações precipitadas, pressionadas, irreflectidas, derivadas das metodologias que presidiram à contratação e da natureza complexa do conteúdo de contratos significativos (de seguro, de crédito, de aquisição de direitos de habitação periódica, etc)*. No dizer de R. SCHULZE¹⁶⁶, a desvinculação procura reagir a uma “*situación estructural de desequilíbrio contractual*”. Ao encararmos esta teleologia somos tentados a dizer que o exercício do direito, no período legal de reflexão, revelará, a maior parte das vezes, o arrependimento do consumidor, o seu desejo de voltar atrás, de “repelir” uma vinculação que não deseja ou cujo conteúdo técnico-jurídico avaliou melhor. Em suma, o consumidor quer *retractarse*, manifestar *arrepentimento* ou *revogar* o contrato, no sentido em que revela uma vontade contrária àquela que o levou a contratar. Vendo bem, este desejo não é diferente dos casos em que, em certas compras e vendas “normais”, os vendedores permitem que os compradores, num prazo curto, devolvam o bem comprado em caso de insatisfação (garantia “satisfação ou devolução”)¹⁶⁷.

Parece, assim, que, apesar do predomínio da expressão “direito de livre resolução”, os termos *retractação*, *revogação* e, mesmo, *arrepentimento* parecem mais consonantes, na sua expressão linguística e conceituação jurídica, com a motivação psicológica do consumidor ou a finalidade essencial do poder extintivo em causa. E não se trata aqui de uma questão de escolha de palavras, mas de tentar minorar a incerteza terminológica que grassa neste círculo da extinção contratual e de conservar os instrumentos jurídicos dentro de determinadas fronteiras, evitando “perdas de identidade”. Como sabemos, qualquer um daqueles conceitos foi utilizado em legislação da década de 90 (em matéria de tutela geral do consumidor, de crédito ao consumo e de valores mobiliários) e, muito recentemente, o legislador do contrato de crédito ao consumo não hesitou em manter a expressão “direito de livre revogação”, embora numa formulação diferente da que constava do art. 8º,1 do diploma de 1991. Mas se é assim, então qual a razão (descortinável?) que levou o legislador (mesmo o do Anteprojecto de Código do Consumidor) a adoptar, preferentemente, outra terminologia?

Já manifestámos reservas ao desdobramento do direito de resolução, acolhendo no seu seio um conjunto de hipóteses integradoras, como um *tertium genus*, de uma resolução imotivada ou *ad nutum*. Como vimos, trata-se de um artificialismo, já que não é líquido que os casos descritos nos arts. 924º e 927º do CC sirvam de suporte a essa nova funcionalidade da resolução. Sabendo-se que a imotivação está normalmente subjacente à revogação (ou à desistência) contratuais, que razões podem, pois, ter determinado o legislador nacional a optar pela designação prevalecente, *sabendo-se que o direito de resolução, para manter o seu espaço próprio, está dependente, como vimos atrás, da verificação de um incumprimento ou de razões objectivas valoradas, em regra, como “justas causas”*.

Antes de prosseguirmos, vejamos como é que a nossa doutrina tem encarado o problema terminológico.

JANUÁRIO GOMES, no seu citado estudo da década de 90 sobre o direito real de habitação periódica, depois de encarar a desvinculação do consumidor como “clara

¹⁶⁵ *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, 2004, pp. 197-199, nota 154.

¹⁶⁶ Cit., p. 46.

¹⁶⁷ Na chamada venda *ad gustum* (cfr. o art. 923º) o comprador também goza de um período de reflexão, mas é certo que, como sustenta ROMANO MARTINEZ (cit., p. 275), a não aceitação da proposta não se baseia em nenhum arrependimento.

excepção ao princípio da estabilidade contratual¹⁶⁸ e de utilizar expressões como “direito de arrependimento” e “direito de desistência”, também é claro ao entender que “esse” direito “não se reconduz ao direito de resolução por incumprimento”¹⁶⁹.

ELSA DIAS OLIVEIRA¹⁷⁰, ao analisar em várias páginas, sobretudo, o “direito de rescisão” do art. 6º da Dir. 97/7/CE e a transposição feita pelo DL nº 143/2001, dando notícia da diversa terminologia (nacional e comunitária), portadora, para a autora, de uma “*ratio* comum... (mas) com contornos que não são absolutamente coincidentes”¹⁷¹, e dos diferentes enquadramentos técnicos que permitem tutelar a “irreflexão” do consumidor, dá primazia à expressão “direito de arrependimento”, considerando esta técnica desvinculativa como solução mais favorável para o profissional. Constatando que não é “tarefa linear” discutir a natureza do direito desvinculativo, a autora, sem o explicar convictamente, aproxima os “direito de reflexão” e “direito de arrependimento” dos casos descritos nos arts. 923º e 924º do CC. Diga-se, contudo, que esta aproximação é feita com reservas, reconhecendo a jurista, acertadamente, que o poder cessativo dos consumidores é imotivado e de base legal. É nas pp. 109 e 110 do seu estudo que ELSA DIAS OLIVEIRA procura enquadrar esse poder, afastando a revogação (por ter efeitos *ex nunc*) e a denúncia, mas assumindo uma posição algo fluida ligada ao problema da fundamentação ou não do direito de resolução contratual. Se, por um lado, a autora, pressupondo com alguma força “que a vinculação é uma característica da resolução... como parece indicar a pureza do conceito”, fala de “uma figura *sui generis*, um direito temporalmente balizado e que, uma vez exercido, faz extinguir o contrato, um direito de arrependimento”, por outro lado, descrente da natureza vinculada da resolução e aceitando o seu “lado” (excepcional) imotivado, vê na figura “um caso de resolução”.

OLIVEIRA ASCENSÃO, num dos tomos do seu *Direito Civil – Teoria Geral*¹⁷², ao analisar o DL nº 143/2001 e a “Directriz” nº 97/77, depois de afastar os termos “rescisão” (utilizado na “Directriz”) e “resolução” (no pressuposto da necessidade de uma “justa causa”) e de ver no “arrependimento” mais um conceito descritivo do que qualificativo, parece inclinar-se para uma “revogação”, dada a imotivação do consumidor, embora condicione a confirmação da sua escolha à resolução do importante problema da eficácia ou ineficácia do contrato *medio tempore*.

ALEXANDRE DIAS PEREIRA, no seu estudo sobre *Comércio Electrónico e Consumidor*¹⁷³, e tomando apenas em conta o direito conferido pelo art. 6º do DL nº 143/2001, deu o seu apoio a uma leitura “condicional” do “direito de livre resolução”, qualificando-o, com poucas explicações, como “condição legal resolutiva, de natureza imperativa, potestativa e arbitrária”. Num registo não coincidente, GRAVATO MORAIS¹⁷⁴ refere-se ao “modelo de eficácia resolúvel”, proclamando a ineficácia do contrato (à distância) pela “verificação de uma acção (facto positivo)”. Já nos referimos mais atrás¹⁷⁵, em tom crítico, a posicionamentos similares, sustentados a propósito da forma como estava redigido o nº 1 do art. 8º do DL nº 359/91. Para lá dos enquadramentos “condicionais” deixarem na sombra a identificação do modelo cessativo contratual (qualquer condição não renega o som tom acessório), passando para primeiro plano a questão, certamente não despicienda, da eficácia/ineficácia, já

¹⁶⁸ Cit., p. 79. GRAVATO MORAIS, cit., p. 463, a propósito do art. 8º do anterior DL nº 359/91, e citando FERREIRA DE ALMEIDA, refere-se a um “rude golpe no princípio *pacta sunt servanda*”.

¹⁶⁹ Cit., p. 79.

¹⁷⁰ *A protecção dos consumidores...*, cit., pp. 91 e ss. Para considerações mais sucintas, ver o seu estudo *Tutela do consumidor na internet*, in *Direito da Sociedade da Informação*, V, 2004, pp. 345-347.

¹⁷¹ Cit., p. 101.

¹⁷² II (*Acções e factos jurídicos*), 2ª ed., 2003, pp. 479-480.

¹⁷³ EDC, nº 6, 2004, p.376, nota 59.

¹⁷⁴ Ver o seu *União de contratos de crédito...*, cit., p. 304.

¹⁷⁵ *Supra*, n. 127.

dissemos que não parecem adequar-se à natureza potestativa/declarativa do direito (*handicap* não superado pela natureza imprópria da condição) e não permitem construir teses unitárias face à presença de regimes legais que nem sempre podem ser reconduzidos ao “modelo de eficácia” de que partiu exclusivamente ALEXANDRE DIAS PEREIRA.

ROMANO MARTINEZ¹⁷⁶, ao escrever sobre o direito em causa, revela indecisão na sua melhor caracterização se pensarmos que, para lá de uma alusão mais frequente a “direito de arrependimento” e a uma “revogação unilateral” (sustentada, mais uma vez, no “arrependimento” do contraente mais carecido) dotada de um regime “extraído” da resolução contratual, também o coloca dentro dos “casos especiais” de resolução (resolução *ad libitum* por arrependimento).

Devem-se a CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA¹⁷⁷ as melhores páginas sobre o “direito de arrependimento”. Tendo escolhido esta expressão como “fórmula ampla” e “neutra”, sempre no pressuposto de uma “reflexão posterior à celebração do contrato”, e depois de avocar várias teses jurídicas e económicas (sobretudo, germânicas e anglo-saxónicas) sobre a fundamentação do direito, entende que a questão qualificativa depende do regime da figura. Com o devido respeito, parece-nos que a asserção encerra uma verdade parcial, já que, para nós, a *ratio* do direito é tão ou mais importante que a faceta do regime. Dando notícia dos dois “modelos” gerados pela dogmática alemã, ou seja, e segundo a sua terminologia, o “modelo da “eficácia suspensa” e o “modelo da eficácia resolúvel” (defendido a partir da inserção no BGB do § 361 a), separa, com o rigor que é reconhecido a FERREIRA DE ALMEIDA, o primeiro modelo, “mais simples”, do chamado “período de reflexão” (pré-contratual) e ambos da opção (*lato sensu*). No tocante ao regime português, FERREIRA DE ALMEIDA, depois de sustentar que “...nos diplomas que transpuseram directivas comunitárias é uniforme o emprego da expressão “direito de resolução”, que sugere a destruição de efeitos já produzidos e, portanto, do modelo da eficácia resolúvel”¹⁷⁸, coloca interrogações pertinentes (“qual é o facto em relação ao qual se produzem os efeitos extintivos da notificação de arrependimento: a declaração negocial, que seria revogada, ou o contrato, que seria resolvido”¹⁷⁹?), muitas delas relacionadas com o laconismo do regime legal (há transferência do risco? Eficácia *ex nunc*, *ex tunc* ou ambas? Em que situação jurídica está o contrato no período da ineficácia?). O ilustre jurista acaba por transpor para o nosso direito a actual solução legal alemã (a notificação revoga a declaração do consumidor advindo daí efeitos análogos aos da resolução contratual), afastando, sob o ponto de vista terminológico, um conceito (o de “retractação”) que nos parece

¹⁷⁶ Cit., pp. 54-57, 79, 160 e ss. e o seu *Direito das Obrigações – Apontamentos*, 2ª ed., 2004, pp. 227-228, para a consideração do “arrependimento” como um dos “três tipos de resolução” legal. O jurista inclui no leque do “Arrependimento” os casos do art. 29º do DL nº 209/97 e o art. 395º do CT de 2003. Quanto à primeira hipótese, e com a ressalva do contrato ter sido feito à distância, apesar do cliente poder ser considerado um consumidor, o regime legal não traduz, propriamente, a filosofia e o regime do chamado “direito de livre resolução”, como também é comprovado pelo art. 376º do Anteprojecto de Código do Consumidor. Embora certos autores, como SOUSA RIBEIRO (*O contrato de viagem organizada, na lei vigente e no Anteprojecto do Código do Consumidor*, in EDC, nº 8, 2006/2007, pp. 153 e ss.), vejam na “rescisão” mais uma manifestação do “direito ao arrependimento”, a consideração da retenção dos 15% do preço como “multa penitencial” ou preço da “rescisão” também desvia esse direito da chamada “livre resolução” (ver, neste sentido, C. FERREIRA DE ALMEIDA, ult. op. cit., p. 106, nota 457). Relativamente à segunda situação, o regime do actual art. 350º do CT de 2009, correspondente ao anterior art. 395º, envolve, na verdade, uma retractação do trabalhador, embora num âmbito sem conexão com a tutela do consumidor. Também não tem a ver com o “arrependimento” do consumidor a revogação, por qualquer das partes, da cláusula compromissória, nos termos do art. 12º,2 do Cap. VII (Arbitragem institucionalizada no âmbito da acção executiva) do DL nº 226/2008, de 20 de Novembro.

¹⁷⁷ *Direito do consumo*, cit., pp. 105-115.

¹⁷⁸ Cit., p. 112.

¹⁷⁹ Cit., pp. 112-113.

perfeitamente adaptável aos contratos de consumo por lidar, precisamente, com uma ideia de arrependimento.

ENGRÁCIA ANTUNES¹⁸⁰, ao discorrer sobre a extinção dos contratos comerciais, aborda o “direito de desistência ou de arrependimento” (de um contrato de consumo celebrado), encarando-o como “revivescência do *jus poenitendi*” e com forte impacto no princípio da estabilidade contratual. Ciente de que “...a flutuação terminológica...nebulosa...” dificulta as opções sobre a natureza jurídica da figura, ENGRÁCIA ANTUNES, depois de colocar a tónica na importância, para a questão, dos modelos (de eficácia ou ineficácia do contrato) concebidos pelo legislador, conclui, em termos não rigorosamente precisos, que estamos perante “o poder de, mediante declaração unilateral e imotivada, determinar o início ou termo de um negócio jurídico”. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e M. MIRANDA BARBOSA¹⁸¹, conscientes do tom equívoco dos termos “rescisão” e “resolução”, presentes na tradução portuguesa de diversas Directivas, e procedendo à análise da forma como foram transpostas para o sistema nacional, não deixam de entender correctamente que o “direito de livre resolução” nada tem a ver com o incumprimento contratual¹⁸², mas significa apenas um “direito de arrependimento”. Os dois autores chegam mesmo a dizer que “para este efeito, outra designação possível será o de direito de retractação, ou, pura e simplesmente, direito de arrependimento”. Noutro passo do mesmo estudo, e face à redacção do art. 8º,1 do DL nº 359/91, não deixam de afirmar que se trata “...de um direito de arrependimento, que, em termos técnicos, se aproxima mais de uma revogação unilateral do contrato...”.

Mais recentemente, FERNANDA NEVES RIBEIRO¹⁸³, apontando como *ratio* do direito a “...necessidade de tutela do contraente mais fraco nas relações de consumo...”, para assegurar, fundamentalmente, a limpidez dos processos de livre formação da vontade negocial”, não prescinde da terminologia legal por entender que a resolução legal é “...o instituto que está mais próximo do direito de livre resolução...”. Para a jurista, trata-se, no fundo, e ao que crê, de uma opção legislativa no sentido de “...plasmear na lei (mais) uma espécie de resolução não fundamentada, vincando assim o elemento que lhe dá o carácter excepcional – a arbitrariedade”.

Se pelo lado da unilateralidade, da legitimação, da potestatividade, da imotivação, da extrajudicialidade e da racionalidade do direito, não vemos razões bastantes, com alguns dos testemunhos acabados de referir, para acolhermos a expressão “direito de livre resolução”, também nos parece que terá sido a eficácia ligada ao exercício do direito em causa que terá sido relevante na escolha da terminologia. Mas será esta eficácia decisiva no sentido da figura reclamar o baptismo legal quando é certo que o consumidor está arrependido do seu acto vinculativo? Recordemos mais uma vez que, por ex., o § 357 I do BGB manda aplicar ao “direito de revogação” as normas relativas à resolução legal¹⁸⁴.

Os diversos textos normativos sobre o poder desvinculativo em análise relevam, na verdade, uma série de efeitos restitutivos (entre outros, reembolso de montantes recebidos, restituição de bens adquiridos, restituição do capital utilizado), a par da

¹⁸⁰ Cit., pp. 227-229.

¹⁸¹ *Harmonização da linguagem jurídica ao nível do direito contratual europeu. Breves notas, in EDC, nº 8, 2006/2007, pp. 109 e ss.*

¹⁸² Em tom análogo, M. PUPO CORREIA, *Contratos à distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade de informação?* in EDC, nº 4, 2002, assinala que o “direito de retractação ou arrependimento imotivado” (referido no art. 6º do DL nº 143/2001) não se funda em “nenhuma justa causa de inexigibilidade da vinculação do consumidor”.

¹⁸³ *O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da protecção do consumidor – com as alterações introduzidas pelo DL nº 82/2008, de 20 de Maio, in RJ/UP, nº 13, 2008, pp. 41 e ss., maxime, 68 e ss.*

¹⁸⁴ Também o art. II.-5:105,2 do DCFR remete, em parte, o regime restitutivo para as normas relativas à resolução do contrato (III.-3:510 e ss).

extinção das obrigações e direitos decorrentes dos contratos de consumo (extinção essa reportada à data da celebração¹⁸⁵) e igualmente dos contratos instrumentalmente ligados a esses contratos de consumo. No nº 6 do art. 118º do DL nº 72/2008 chega mesmo a dizer-se que “a resolução tem efeito retroactivo”, com a cominação de uma determinada liquidação dos contratos de seguro (entre outros, seguros de vida, de acidentes pessoais e de saúde) a favor do segurador. Sendo certo que essa liquidação abarca certos encargos/despesas a suportar pelo consumidor legitimado (por ex., despesas com exames médicos ou certas comissões), há que dizer que, mesmo na sua parte mais substancial, ela pressupõe necessariamente o começo de execução contratual e uma prévia informação ao consumidor da possibilidade desses pagamentos¹⁸⁶. O mesmo acontece no contrato de crédito ao consumo sempre que o consumidor, após “revogar” o contrato, “...pagar ao credor o capital e os juros vencidos a contar da data da utilização do crédito até à data de pagamento do capital...” (art. 17º,4 do DL nº 133/2009). Tendo o legislador nacional construído nos contratos de consumo regidos pelos DL nº 143/2001¹⁸⁷, 72/2008 e 133/2009 um sistema de eficácia maior ou menor, o mesmo legislador, não pensando, seguramente, no remédio do enriquecimento sem causa, viu na resolução a figura mais adequada para eliminar essa eficácia provisória e proceder ao restauro da situação existente à data da contratação irreflectida.

Apesar da eficácia do exercício da chamada “livre resolução” fazer lembrar a eficácia do exercício de qualquer poder resolutivo *tout court*, essa coincidência não deixa de ser aparente pois *esquece a diversidade das duas eficácias extintivas, mormente quanto ao seu ponto de partida, não se descortinando uma razão essencial que leve a apelar para o instrumento resolutivo como “cobertura” jurídica para explicar o “processo liquidatório” do arrependimento do consumidor*. Mais do que no sistema alemão¹⁸⁸, um regime, como o nosso, em que não há, em regra, uma plena eficácia das obrigações resultantes do contrato, restringindo o legislador essa mesma eficácia (*maxime*, em favor do consumidor), *torna “inexplicável” o apelo a uma figura que pressupõe, tipicamente, uma eficácia obrigacional linear e definitiva e não híbrida e provisória*.

Como já dissemos, a existência legal dos chamados “períodos de reflexão” não é impeditiva de alguma execução do contrato, execução esta tornada necessária (pensemos nas vendas à distância e nos seus efeitos reais ou, pelo menos, obrigacionais) ou integrante da própria contratação (por ex., o caso da subscrição de unidades de participação na adesão individual a um fundo de pensões), despoletada sobretudo por iniciativa do consumidor, e ao serviço da sua ponderação, ou até do profissional, na base da infracção a uma proibição legal, insuficientemente sancionada¹⁸⁹. *Cessando o contrato por iniciativa do consumidor, quer algum efeito restitutivo, quer a liquidação atinente ao princípio de execução, só podem justificar-se pela razão (arrependimento) subjacente à desvinculação - a verdadeira causa da reposição do statu quo ante é a perda definitiva da eficácia contratual - e não pela perturbação de um equilíbrio prestacional que necessite de ser convertido numa “relação de liquidação”*. Por outras palavras, se na resolução *tout court* a não restituição do preço pelo vendedor inadimplente representaria um enriquecimento sem causa, já no chamado “direito de

¹⁸⁵ Ver os arts. 23º do DL nº 95/2006 e 7º,7 do DL nº 357-D/2007.

¹⁸⁶ Cfr. os arts. 25º,3 do DL nº 95/2006 e 12º, 3 h) do DL nº 133/2009. J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *O novo regime jurídico do contrato de seguro. Breves considerações sobre a protecção dos segurados*, in CDP, nº 26, 2009, p.13, não deixa de assinalar, com razão, que o nº 7 do art 118º do DL nº 72/2008 não está de acordo com o art. 7º,3 da Dir. 2002/65/CE (comercialização à distância de serviços financeiros), ao não referir a necessidade de informação ao tomador do seguro. Ver igualmente o seu *A celebração à distância do contrato de seguro*, in *Actualidade Jurídica*, nº 18, 2007, p. 21.

¹⁸⁷ Ver, contudo, *supra* nº 4, as nossas interrogações sobre a eficácia real desses contratos.

¹⁸⁸ Ver as observações feitas por FUCHS, cit., pp. 1282-1283, à concepção do “direito de revogação” como “direito de resolução modificado” e as críticas de GERNHUBER, cit., p. 1804, à assimilação da “revogação” da declaração de vontade como resolução de uma “relação obrigacional”... inexistente.

¹⁸⁹ Ver os arts. 12º e 54º,1 c) do DL nº 275/93 e os arts. 7º,4 e 14º, 1 f) do DL nº 357-D/2007.

livre resolução” a não restituição do preço pelo profissional não estaria consonante com a operada desvinculação do consumidor. *Ainda de outra forma, o arrependimento do consumidor com o consequente desaparecimento do contrato é a forma mais adequada para reequilibrar uma contratação desequilibrada, não se pretendendo, como na resolução, uma liquidação satisfatória dos interesses do contraente lesado.* Será, assim, necessário falar-se de “livre resolução”?

Mas também como já vimos, não sendo o princípio de execução do agrado do legislador, com o fim de tutelar a plena liberdade de decisão do consumidor (pensemos nos contratos de consumo regidos pelos DL n.º 275/93 e 95/2006), há que dizer que o normal efeito exoneratório é igualmente uma consequência natural do arrependimento ou reponderação e sem que a sua projecção à data da contratação inculque qualquer ideia de retroactividade *tout court*. Se o contrato estava “enfraquecido”, tendo as suas obrigações, total ou parcialmente, suspensas da decisão do consumidor, nada mais natural do que situar a desobrigação à data da respectiva constituição/vinculação. Dito de outra forma, a decisão extintiva do consumidor libera as partes das obrigações que teriam de ser cumpridas caso essa vontade não fosse manifestada (repare-se que o art. 27,1 do DL n.º 12/2006, sobre a constituição e funcionamento dos fundos de pensões, diz expressamente que o contribuinte pode renunciar aos efeitos do contrato). Este efeito é, para nós, e em rigor, mais prospectivo do que retrospectivo. Por outro lado, o legislador pretende, com esse efeito exoneratório, proteger o consumidor de pedidos atinentes a um princípio de execução por mera iniciativa do profissional. Como está afirmado com limpidez no texto da Dir. 2008/122/CE (art.8.º,1) do que se trata afinal é de pôr “termo à obrigação das partes de executar o contrato”.

Por outro lado, *se repararmos bem e na ausência de reenvios, a “relação de restituição” própria da desvinculação imotivada dos contratos de consumo é regida por regras legais específicas, fugindo ao paradigma da “grande” “relação restitutiva” regulada pelos arts. 433º e ss. do CC, fruto, segundo a melhor doutrina, da conversão da relação contratual perturbada numa “relação de liquidação”.* Efectivamente, se, neste último caso, há que obedecer a três princípios fundamentais, ou seja, restituição integral (em espécie ou valor), cumprimento simultâneo dos deveres de restituição (garantido pela excepção de não cumprimento) e restabelecimento equilibrado da situação anterior, já, no seio dos contratos de consumo, a natureza da desvinculação afasta a “inversão sinalagmática” (simultaneidade da restituição/restituição em valor), nem são considerados os direitos de terceiros (a não ser como resultado das coligações existentes), nem são devidos juros remuneratórios ou qualquer indemnização pelo uso (temporário) da coisa. Segundo o art. 193º,2 do Anteprojecto de Código do Consumidor “não pode ser exigida ao consumidor qualquer remuneração pelo uso normal e regular que haja dado ao bem antes do exercício do direito de resolução, nem qualquer indemnização pela eventual diminuição de valor que, em consequência disso, sobrevenha”¹⁹⁰.

*Mesmo que se queira falar de retroactividade, e não cremos que a expressão seja a mais adequada para as hipóteses relativas ao arrependimento do consumidor, trata-se sempre de uma retroactividade com fundamento e âmbito diversos da retroactividade conexa à verdadeira resolução contratual*¹⁹¹. Esta “liquidação resolutive” é mais complexa, mais intensa, mais consonante com uma eficácia bilateral definitiva do contrato e uma “viciação” superveniente, com “colagem” aos efeitos da invalidade. Se a resolução é necessária para resolvermos um problema de incumprimento grave,

¹⁹⁰ Também o art. II-5:105,4 e 5 do DCFR dispensa o consumidor do pagamento de quantias ligadas à desvalorização do bem (com excepção da relacionada com o “normal use”) e à destruição, perda ou dano não imputáveis a culpa sua. Ver, noutro sentido, o § 357, 1 e 3 do BGB (cfr. N. FISCHER, cit., pp. 256 e ss. e *supra*, n. 111).

¹⁹¹ Para os modelos resolutivos “retrospectivos” e “prospectivos”, ver, por todos, E. MOSCATI, *Caducatione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in RDCiv, pp. 450 e ss.

operando com base neste fundamento contratual, já não parece que seja preciso avocá-la para resolver um problema de vinculação irreflectida do consumidor. Neste caso, toda a eficácia da desvinculação deverá ser norteadas por princípios e regras que reflectam esse mesmo problema. *E daí que pensemos convictamente que, também pelo lado da eficácia liberatória e recuperatória (recordemos que a doutrina nacional não afasta, em absoluto, a retroactividade da revogação), não é adequado falar-se de um “direito de livre resolução”, sendo mais rigorosas expressões como “direito de retractação” ou mesmo “direito de revogação”, quer se trate de uma mera proposta, ordem ou contrato, quer o contrato já tenha produzido efeitos, quer se mantenha ineficaz ou com uma eficácia suspensa.* Seguramente que deve ser assim pelo prisma do fundamento (a desvinculação, acabando por atingir o contrato, visa, em primeiro lugar, o comportamento declarativo do consumidor), mas também, pelo lado da eficácia, essas figuras deverão acolher as regras mais adequadas a essa extinção contratual e que poderão, coincidir ou não, com o regime de outros instrumentos. Assim como é possível defender que a “revogação” das doações (cfr. o art. 970º do CC) parece mais uma resolução¹⁹², também podemos afirmar que o “direito de livre resolução” parece mais uma revogação ou uma retractação. E se, no BGB, a “revogação” da declaração de vontade do consumidor acabou por ter os efeitos da resolução, entre nós, e em rigor, *aquela “resolução do contrato”* não deixa de ter mais a ver com uma revogação da declaração do consumidor.

Outubro de 2009

¹⁹² Ver o nosso *A resolução...*, cit., p. 51.

SIGLAS UTILIZADAS

Ac	Acórdão
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
BB	Der Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CC	Código Civil de 1966
CDADC	Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos
CDP	Cadernos de Direito Privado
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CT	Código do Trabalho
CVM	Código dos Valores Mobiliários
DB	Der Betrieb
DCFR	Draft Common Frame of Reference
D./chr.	Recueil Dalloz Sirey/Chroniques
Dir	Directiva
DJ	Direito e Justiça
DL	Decreto-Lei
EDC	Estudos de Direito do Consumidor
Enc. Dir.	Enciclopedia del Diritto
EuDP	Europa e Diritto Privato
J.C.P.	La Semaine Juridique/ Juris-Classeur Périodique
Jura	Jura/ juristische Ausbildung
RasDC	Rassegna di Diritto Civile
RDCiv	Rivista di Diritto Civile
RDPat	Revista de Derecho Patrimonial
Riv. Crit. Dir. Priv.	Rivista Critica del Diritto Privato
RLJ	Revista de Legislação e de Jurisprudência
RMP	Revista do Ministério Público
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
RP	Relação do Porto
RPDC	Revista Portuguesa de Direito do Consumo
Rtdciv.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
STJ	Supremo Tribunal de justiça
Themis	Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis