REVISTA OA | DOUTRINA

Doutrina

Processo	Data do documento	Relator
569fe6c20c7ee6fb4a34_INDF	31 de dezembro de 2010	José Carlos Brandão Proença

DESCRITORES

A desvinculação não motivada nos contratos de consumo: Um verdadeiro direito de resolução?

SUMÁRIO

N.D.

TEXTO INTEGRAL

(*) (**)

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 de o 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 atinge (2). Com as palavras que foram escritas por VINEY (3), 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. 709.º) 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 condição resolutiva tácita, descontados, respectivamente, os vestígios patentes no art. 702.º (5) e na automaticidade do efeito principal previsto no artigo 795.º,1. Por outro lado, o legislador dotou a resolução (convencional e não convencional) de autonomia sistemática num corpo de normas próprias, conquanto alguma doutrina utilize a palavra "resolução" num sentido mais abrangente, preferindo adoptar o termo "rescisão" para abranger a resolução 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 resolução, denúncia, revogação e caducidade (7) e na sistematização da "extinção contratual" levada a cabo pelo legislador do Código dos Contratos Públicos (8).

Sendo escopo deste estudo o confronto entre o tradicional direito de resolução e o poder de "livre resolução" gerado pela legislação de defesa do consumidor, começaremos por fixar o sentido funcional daquele primeiro direito potestativo extintivo.

2. Como é sabido, e BRUNO SCHMIDLIN (9) recorda-o, o direito de resolução deve a sua "forma giuridica" ao direito romano (maxime através da lex commissoria) e o seu "conteúdo" ao direito canónico, ao sancionar o "pecado" da infidelidade contratual com a desvinculação da parte fiel (lembremos o princípio moral frangenti fidem non est fides servanda). O mesmo jurista (10) completa a "história" do direito de resolução, 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. Há que observar, contudo, que no modelo francês (11) (seguido, por ex., nos arts. 1124.º do Código Civil espanhol e 1165.º do Código Civil italiano de 1865), contrariamente à construção adoptada posteriormente pelos legisladores do BGB e do Codice Civile de 1942, a resolução está estruturada de forma "voluntarista" ao considerar-se "a condição resolutiva subentendida nos contratos sinalagmáticos para o caso em que uma das partes não cumpra a sua vinculação".

Pode afirmar-se, desde já, que a reflexão sobre o acerbo normativo permite concluir que o fundamento material que está subjacente ao exercício do direito de resolução é tipicamente, mas não exclusivamente, um incumprimento obrigacional. Na verdade, com 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. 801.º, 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 resolutiva" (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 resolutivo 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 resolutivo. Independentemente de uma necessária confirmação do acerto terminológico, são paradigmáticos, neste âmbito, certos fundamentos/razões que permitem ao comodante resolver o contrato de comodato (14), ao depositante exigir a restituição ante tempus ou possibilitam, noutros tipos contratuais, o exercício do poder potestativo (os casos de interdição, morte (15) ou doença (16)).

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 (irrenunciável (17)) 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. 801.º, 2, 802.º e 808.º 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. 1083.º, 3, 1235.º e 1242.º do CC (19)).

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 conduta (20) 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 futura (21)). Como entende PEDRO ROMANO MARTINEZ (22), "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 culposa (23), tendo certamente em conta a norma paradigmática do art. 801.º, 2 do C.C., dados legais significativos (24), a doutrina mais qualificada (25) e a linha de objectivação do direito contratual europeu (26) 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 defendemos (27), 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 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' AQUILA (28), 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. GRASSO (29), a identifica com "um poder dispositivo de fim novativo" (traduzido na convolação 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 arbitrária (30). 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. 802.º, 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. 809.º do CC aos contratos civis, do art. 18.º f) aos contratos com condições contratuais gerais, do art.10.º do DL n.º 67/2003 à venda de bens de consumo e do art. 8.º b) do DL n.º 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. 1048.º).

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 à 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").

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. 891.º do CC, na venda a retro e na segunda modalidade da venda a contento (31)? 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. 891.º — 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. 924.º — é possível e defensável uma qualificação revogatória (32) para o exercício de um direito conferido por mútuo acordo. Mas mesmo que possa ser defendida, como entende BAPTISTA MACHADO (33), 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 MARTINEZ (34) 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. 927.º e ss. do CC não é utilizado o termo risoluzione (35) — e mesmo que possa ser concebida uma cláusula resolutiva (36) 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 ALMEIDA (37) como o "ex libris do direito do consumo" e por N. REICH (38) "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. 16.º, 19.º e 49.º do DL n.º 275/93, de 5 de Agosto, na redacção dos DL n.º 180/99, de 22 de Maio, 22/2002, de 31 de Janeiro e 116/2008, de 4 de Julho — direito real de habitação periódica e direitos de habitação turística (39), 6.º e 18.º do DL n.º 143/2001, de 26 de Abril — contratos celebrados à distância (40), contratos ao domicílio e equiparados e vendas especiais esporádicas, 19.º do DL n.º 95/2006, de 29 de Maio — contratos relativos a serviços financeiros prestados a consumidores através de meios de comunicação à distância, 118.º do DL n.º 72/2008,de 16 de Abril — regime jurídico do contrato de seguro (41)), também aparecem nos textos normativos as expressões direito de retractação (artigos 8.º, 4 e 9.º, 7 da LDC), direito de resolução (arts. 5.º i) e 7.º do DL n.º 357-D/2007, de 31 de Outubro — contratos relativos ao investimento em bens corpóreos), direito de livre revogação (arts. 6.º, 3, p), 12.º, 5, c) e 17.º do DL n.º 133/2009, de 2 de Junho — contratos de crédito aos consumidores (42)), direito de renúncia (arts. 27.º e 28.º do DL n.º 12/2006, de 20 de Janeiro, sobre a constituição e funcionamento dos fundos de pensões), direito de arrependimento (art. 322.º 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. 48.º, 3 da Lei n.º 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 alemã (43) e italiana, o poder desvinculativo em causa surge uniformizado no Anteprojecto (de 2006) de Código do Consumidor à volta dos arts. 187.º 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. 8.º, 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)?

Esta indefinição não é apenas apanágio do sistema nacional (45) 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 TORRANO (50), nesse mesmo âmbito, fala de desistimiento negocial. Nota-se, assim, os "efeitos" da transposição, para os direitos dos Estados-Membros, da legislação comunitária (51), 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.

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. 4.º 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 desleais (52), 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 contrato (53), 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 consumo (54), e pensando também no, por si chamado, "direito de rescisão unilateral", "a protecção aos consumidores consiste precisamente na atribuição de direitos especiais que contrabalancem 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 1984 (56), "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), parece mostrar-se como meio expedito sintonizado com o ripensamento (58) do consumidor, uma verdadeira tutela contra entraînements irréfléchis (59) ou, nas palavras de GALLARATI (60), para fazer face ao dislivello di informazioni. No dizer do mesmo BAILLOD (61), se a figura coloca uma problemática de construção jurídica (deve relevar na fase formativa ou executiva do contrato?), o seu escopo é fazer frente a um quadro "abusivo" (a que pode chamar-se uma desconsideração pela igualdade na contratação ou uma privação da liberdade negocial) (62) ou de alguma "manipulação 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. BRUTTI (64), em comentário ao Beseitigungsrechte (2003) de P. MANKOWSKI, depois de assinalar um certo "paternalismo" e numa perspectiva de análise económica, não deixa de imputar à figura (em conjugação 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 à incerteza do contrato, atendendo às tradicionais formas contenciosas de tutela da vontade.

Regressando à questão da liberdade do consumidor, é muito interessante, e digna de reflexão, o ponto de vista de GÜNTER REINER (65) ao começar por entender que a "tutela do consumidor não é um fim em si mesmo", mas que, em virtude dos "direitos fundamentais" que a todos assistem, o "direito de revogação", não sendo um "amolecimento" da auto-responsabilidade, pretende assegurar a chamada "liberdade contratual material", protegendo o consumidor da sua "debilidade psíquica" e "informacional". Ligando esta liberdade à tutela das "declarações de vontade", GÜNTER REINER (66) constrói quatro "escalões de protecção" (Schutzstufen), em função da gravidade e dos efeitos da viciação da vontade. Colocando no chamado "terceiro escalão" a declaração negocial do consumidor, própria do "modelo de ineficácia", em nome da exigência de "uma espécie de capacidade económica" (não possuída pelo consumidor), o jurista alemão transporta para o "quarto escalão" o actual "direito de revogação" (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, 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 especial (67), 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.8.º, 4 da LDC e o art. 9.º, 5 do DL n.º 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. 116.º e 118.º do DL n.º 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 encargos (70) ou de certas quantias relacionadas com o começo de cumprimento do contrato em benefício do consumidor (71), não acarreta outras consequências pecuniárias (72), ou seja, não está sujeito ao pagamento de indemnização, penalização ou qualquer "preço" de arrependimento. Com as palavras utilizadas por GRAVATO MORAIS (73), 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 dias (74). Estes prazos de reflexão, cuja brevidade é explicada por razões de protecção da certeza da contratação (75), contam-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 entrega (76), 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 desvinculativo (77). 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 MUSY (78), isto é, o incumprimento do dever de informação ao consumidor (79),seja razão bastante, para lá da aplicação de outras sanções (80), 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 direito (81), ou seja, é de admitir uma derrogação in melius (82). Parece-nos de aplaudir a solução que consta do Anteprojecto de Código do

Consumidor (83) no sentido de um documento autónomo integrar 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 informático (84). 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. PASSA (85), 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 preclude o exercício do direito mas condiciona apenas a sua eficácia (86). 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 MARTINEZ (87) "…que apesar de não carecer de uma justificação, não pode o direito ser exercido em manifesto abuso, contrariando a directriz do art. 334.º do CC, nem em violação da boa fé, como prescreve o n.º 2 do art. 762.º do CC". Salvo o devido respeito, este controlo (judicial?) da discricionariedade, que também encontramos em BAILLOD (88), 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 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 contraparte (90). 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 profissional (91).

Estamos com GALLARATI (92) 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 desvinculativo (93).

Em sexto lugar, estamos perante um direito conferido por razões de ordem pública (94) 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 alheia (95). Não correspondia, pois, à melhor solução o regime previsto no art. 8.º, 5 do DL n.º 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 abdicativa (97) 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 crédito (98). 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 adquirido (99)) 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 resolvido (100). A este propósito é de notar, por um lado, a impropriedade da expressão "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. 67.º, 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 financiador (102).

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 turística (103). 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 2008 (104), 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 mora (106). 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 contratados (108).

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 nos arts. 408.º,1 e 796.º,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 vendedor (109)) 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 exercício (111), 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. 408.º, 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. 192.º do Anteprojecto do Código do Consumidor (112) ao fazer recair o risco sobre o profissional "até à restituição do bem" ou "até decorrer o prazo para resolver o contrato" (o seu n.º 2, para a perda/deterioração consequentes ao exercício do direito, manda aplicar as regras de repartição do risco nas chamas dívidas de envio) (113).

5. Independentemente das características acabadas de enunciar e 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 legislador (114)), 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 doutrina (115) 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 GOMES (116) 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 conclusões (117), 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 sua tese de doutoramento, publicada em 2000, JANUÁRIO GOMES (119) 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 recentes (120), 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 ALMEIDA (122), 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. 8.º,1 do DL n.º 359/91, quer o credor, quer o consumidor estavam vinculados, embora se tratasse de um contrato com eventual suspensão provisória de efeitos (123) (utilizando a distinção feita por ROUHETTE (124), 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 REINER (125) 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 n.º 133/2009 e na consagração de um "modelo de eficácia", cremos 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 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 parte (128). 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. 8.º (129), 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. 322.º, 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 90 (130), 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 instantâneamente (131), 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 retractação (132). Se para CALAIS-AULOY (133) 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 BAILLOD (134), numa formulação aproximada, o consentimento do consumidor vai-se formando progressivamente, tendo em conta que na "primeira" 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 BAILLOD (137) "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, BAILLOD (138) 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. JACOMETTI (139), 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 rinnegazione. Será aceitável este ponto de vista?

Como é sabido, o legislador (cfr. o art. 406.º, 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. BRUTTI (140), 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. 448.º), da consignação em depósito (art. 845.º), do mandato (art. 1170.º, 1) ou da doação entre casados (art. 1765.º, 1), a denúncia pelo arrendatário habitacional do contrato de arrendamento de duração indeterminada (art.1100.º), a desistência do dono da obra ou do devedor na cessão de bens (ver, respectivamente, os arts. 1229.º e 836.º) e, porventura, a retractação da promessa de casamento (arts. 1592.º e 1594.º, 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-PECH (141) 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 causa (142), 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 potestativa (143)) na venda a retro e na segunda modalidade da venda a contento (144). 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 apelidar 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 testamento (149)), 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 doutrina nacional (150) acentuando, na verdade, as normais discricionariedade e eficácia in futurum da figura, não afasta 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 revogação (151), 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 n.º 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 potestativo (153), 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 negocial (154). 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 resolução (155) é um poder com uma filosofia mais próxima da Grundnorm do art. 801.º, 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 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.º 72/2008 (156) 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. BRUTTI (157), 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 consumidor (158), 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 anulação (159). 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 causa (160)), 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 erro (162)) 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.º 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.º do CC quando uma das partes, de forma interessada, aproveita a "inexperiência" ou a "ligeireza" alheias?

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. SCHULZE (165) 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 retractar-se, manifestar arrependimento 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") (166).

Parece, assim, que, apesar do predomínio da expressão "direito de livre resolução", os termos retractação, revogação e, mesmo, arrependimento, 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. 8.º, 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. 924.º e 927.º 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 excepção ao princípio da estabilidade contratual" (167) 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" (168).

ELSA DIAS OLIVEIRA (169), ao analisar em várias páginas, sobretudo, o "direito de rescisão" do art. 6.º da Dir. 97/7/CE e a transposição feita pelo DL n.º 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" (170), 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. 923.º e 924.º 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 (171), ao analisar o DL n.º 143/2001 e a "Directriz" n.º 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 (172), e tomando apenas em conta o direito conferido pelo art. 6.º do DL n.º 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 MORAIS (173) 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 atrás (174), em tom crítico, a posicionamentos similares, sustentados a propósito da forma como estava redigido o n.º 1 do art. 8.º do DL n.º 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 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 MARTINEZ (175), 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 ALMEIDA (176) 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" (177), 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" (178)?), 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 perfeitamente adaptável aos contratos de consumo por lidar, precisamente, com uma ideia de arrependimento.

ENGRÁCIA ANTUNES (179), 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 BARBOSA (180), 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 contratual (181), 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. 8.º, 1 do DL n.º 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...".

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 legal (182).

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 extinção das obrigações e direitos decorrentes dos contratos de consumo (extinção essa reportada à data da celebração (183)) e igualmente dos contratos instrumentalmente ligados a esse tipo de negociação. No n.º 6 do art. 118.º do DL n.º 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 pagamentos (184). 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. 17.º, 4 do DL n.º 133/2009). Tendo o legislador nacional construído nos contratos de consumo regidos pelos DL n.º 143/2001 (185), 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 alemão (186), 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 sancionada (187). 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 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, citando Moscati, 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. 433.º 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. 193.º, 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" (188).

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 (189). Esta "liquidação resolutiva" 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, 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 norteada por princípios e regras que reflictam 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 devendo 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. 970.º do CC) parece mais uma resolução (190), 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

Fonte: https://portal.oa.pt