

MARIA MANUEL CANELAS

**Da Invalidade Formal do
Contrato de Crédito ao Consumo**

**A Omissão de Entrega de um Exemplar do Contrato
ao Consumidor pelo Financiador**

Dissertação de Mestrado em Direito Privado



2015

Índice

1. Colocação do problema.....	4
2. A invalidade formal do contrato de crédito ao consumo	6
3. Tutela preventiva das consequências da invocação do vício de forma	13
4. Tutela corretiva e compensatória das consequências da invocação do vício forma	21
5. Posição adotada	27
6. Índice bibliográfico	30

1. Colocação do problema

No âmbito dos contratos de crédito ao consumo, a proteção do consumidor – enquanto parte mais fraca da relação negocial – determina, por um lado, a imperatividade das exigências legais de forma para a celebração do contrato e, por outro, a restrição da legitimidade ativa da invocação da invalidade formal. Neste sentido, o seu desrespeito é cominado com a nulidade, sendo que esta apenas pode ser invocada pelo consumidor.

Não obstante, situações existem em que o contrato de crédito ao consumo, ainda que invalidamente celebrado, é cumprido pelas partes. Ora, carecendo a nulidade, para operar, de ser invocada, até que efetivamente o seja, o contrato produz os seus efeitos típicos, sendo que o seu cumprimento pelas partes cria a aparência de uma realidade querida por estas querida e tutelada pelo Direito.

Referimo-nos com isto ao caso da omissão da entrega por parte do financiador de um exemplar do contrato devidamente assinado por ambas as partes ao consumidor no momento da respectiva celebração. Perante a realização do programa contratual pelas partes não obstante a invalidade formal do contrato que celebraram, como equacionar a atuação do consumidor que, no intuito de se desvincular oportunisticamente das obrigações previamente assumidas, vem posteriormente a invocar o vício legal de forma? Como proteger o financiador, surpreendido pela invocação do vício legal de forma? Como ponderar a responsabilidade deste pela inobservância das exigências de forma legal a que se encontrava imperativamente adstrito aquando da celebração do contrato?

Estas questões têm sido maioritariamente entendidas como suscetíveis de integrar a previsão normativa do art. 334 do CCiv. - sede legal do instituto do abuso do direito - que consagra uma regra de conduta segundo a boa fé cuja operatividade se pode materializar tanto numa tutela de índole preventiva como numa de cariz corretivo e compensatório. A primeira, fundada na responsabilidade pela violação de adstrições decorrentes da própria boa fé, justifica-se quando, no exercício do direito de invocar a nulidade formal, o consumidor as exceda manifestamente, de modo a que dele venha a representar uma ofensa clamorosa do sentimento de justiça geralmente perfilhado na comunidade. Aqui, a intervenção materializa-se na preclusão do direito de invocar a nulidade formal. Estaríamos, pois, perante uma situação de inalegabilidade formal. Por sua vez, a segunda, decorrente da tutela da confiança, justifica-se no caso de existir uma situação de frustração de expectativas juridicamente tuteladas. Neste caso, a referida intervenção concretiza-se no surgimento de uma pretensão indemnizatória na esfera jurídica do financiador no intuito de ressarcir as expectativas defraudadas por um *venire contra factum proprium* do consumidor.

Contudo, apesar desta dupla possibilidade (radicada no facto de que tanto a atuação que gera a inalegabilidade formal como a que integra o *venire contra factum proprium* encerram, em si, uma conduta abusiva, reconduzível ao conteúdo normativo do art. 334º do CCiv.) as questões suscitadas pela omissão da entrega pelo financiador ao

consumidor de um exemplar do contrato assinado por ambas as partes no momento da respectiva celebração, tem sido majoritariamente colocadas, do ponto de vista da prática jurisprudencial, no âmbito do primeiro tipo de intervenção. Todavia, será esta a perspectiva que melhor compõe os interesses em causa? É o que nos propomos elucidar de seguida.

2. A invalidade formal do contrato de crédito ao consumo

O negócio jurídico, enquanto instrumento principal de realização do princípio da autonomia privada, carece da exteriorização idónea de uma intencionalidade subjetiva dirigida à realização de determinados efeitos práticos integrantes de uma vinculação tutelada pelo ordenamento jurídico. Não obstante a imprescindibilidade da existência de uma vontade negocial validamente formada, o que é verdadeiramente constitutivo do negócio jurídico é a manifestação da mesma por modo¹ que garanta a sua cognoscibilidade pela contraparte e, eventualmente, por terceiros². O negócio jurídico torna-se aparente e reconhecível para aqueles perante quem se destina a vigorar e na comunidade na qual deve assumir relevância pela forma³, isto é, o modo como a ação juridicamente relevante surge no âmbito de uma dada relação intersubjetiva⁴. Como afirma FERREIRA DE ALMEIDA⁵: “[...] não há contrato sem forma, porque não há declaração sem forma”.

O art. 219º do CCiv, sob a epígrafe “Liberdade de forma”, consagra o princípio da consensualidade na formação das declarações negociais integrantes do negócio jurídico, cuja validade não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei o exija ou quando as partes, ao abrigo do disposto no art. 223º do CCiv, o estipulem. Quer isto dizer que, em princípio, basta a simples exteriorização da vontade negocial, efetuada por qualquer meio idóneo, para integrar as previsões normativas relacionadas com a

¹ A manifestação da vontade será, nos termos do disposto no art. 217º, n.º 1 do CCiv., expressa, quando for feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio direto de manifestação da vontade e, nos termos do disposto no art. 217º, n.º 2 do CCiv, tácita quando se deduz de facto que, com toda a probabilidade, a revelam, por referência à vontade que lhe subjaz. Ressalva-se ainda a hipótese de, nos termos do disposto no art. 218º do CCiv., ser expressamente atribuído valor declarativo ao silêncio.

² PAIS DE VASCONCELOS, *-Superação Judicial da Invalidade Formal no Negócio Jurídico de Direito Privado*, in Estudo de Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, pág. 314. Pode assim dizer-se que não há negócios jurídicos sem forma pois que, sem um mínimo de forma, não haveria exteriorização do negócio, e ele não seria reconhecido nem pelas pessoas perante quem se destina a vigorar, nem na comunidade na qual deve assumir relevância. Não se deve, contudo, confundir, a ausência de forma para a exteriorização da vontade com a ausência da própria exteriorização da vontade em si, pois que, neste caso, o negócio jurídico é inexistente, podendo essa inexistência decorrer, por um lado, da ausência da declaração, salvo as situações em que, por lei, uso ou convenção, seja expressamente atribuído valor declarativo ao silêncio, e, por outro, de respetivo cariz negocial, ainda que não prejudique a existência de um outro facto jurídico, embora de natureza não negocial.

³ A forma distingue-se das formalidades: a forma é o modo como o ato e o negócio se manifestam ou exteriorizam; já as formalidades são atos acessórios, que estão funcionalmente ligados ao negócio mas que dele não fazem parte. A forma distingue-se ainda da publicidade: esta, quando em falta, em nada afeta a o negócio pois que este já se encontra concluído, produzindo, por conseguinte, todos os seus efeitos jurídicos relativamente às partes, podendo, todavia, prejudicar a sua oponibilidade a terceiros, salvo consequências mais gravosas.

⁴ A forma desdobra-se em forma interna e forma externa. A forma interna participa do ser e da existência do ato. É algo que faz parte dele e sem ela o ato ou não é qualificável como tal, ou é mesmo juridicamente inexistente, sendo insuscetível de redução teleológica. A forma externa é a forma de que o ato se reveste, não participando da sua essência. A sua falta pode afetar a validade ou a prova, mas não afasta a respetiva qualificação nem a sua existência. Estando funcionalmente determinada a uma finalidade concreta, pode, por isso, ser objeto de redução teleológica se assim for imposto, designadamente, pela boa fé ou pelo fim social ou económico que tenha determinado a sua exigência.

⁵ FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I, Conceito/Fontes/Formação*, 4.º Ed., Almedina, 2008, pág. 101.

autonomia privada. Não significa isto, todavia, e tal como esclarece PAIS DE VASCONCELOS: “[...] o desprezo nem a antipatia legal contra a forma, mas antes o reconhecimento da liberdade de quem age na escolha da forma como o faz”⁶.

Contudo, como remarca CARNEIRO DA FRADA: “Toda a ordem jurídica carece de “formalizar”, em maior ou menor medida, as relações humanas, e por isso se tem de basear numa estrutura de normas dotadas de certa rigidez⁷”, particularmente sempre que existam motivos que justifiquem exceções⁸ ao princípio da liberdade de forma, sejam eles de natureza privada, quando se afigure necessário proteger as partes contratantes, nomeadamente, através da promoção da reflexão por forma a evitar soluções precipitadas ou irrefletidas, da definição do conteúdo e momento exato de conclusão do negócio, da possibilitação da cognoscibilidade perante terceiros, da facilitação da prova da dificuldade do negócio em certas situações ou circunstâncias específicas ditada por razões “sociais” e da promoção da eficiência e segurança do tráfego jurídico, ou de natureza pública, sempre que esteja em causa a salvaguarda do interesse público ou da ordem pública. Como afirma o mesmo Autor: “De outra maneira, não há conclusividade, previsibilidade ou controlabilidade racional suficientes das decisões justificadas, o que prejudica a paz jurídica. Estamos no fundo perante um preço da segurança jurídica que tanto mais necessário satisfazer quanto se elevam os níveis exigidos pelas sociedades modernas⁹”.

Por outro lado, observa FERREIRA DE ALMEIDA que: “A forma é um dos problemas jurídicos mais dependentes da evolução tecnológica dos suportes linguísticos e dos meios de comunicação. Não admira pois que as questões de forma dos atos jurídicos estejam em ebulição. Descortinam-se duas tendências que (só) aparentemente se orientam em sentidos opostos: a simplificação formal e a crescente exigência de suporte escrito¹⁰”. Não obstante alguma propensão burocratizante, mediatizada pelo reforço das exigências de forma e pela multiplicação das formalidades em certas áreas do Direito, pode dizer-se ser dominante a orientação doutrinal que privilegia a procura da validade negocial (*favor negotii*) em detrimento do formalismo legal. À desconsideração comum pelos valores jurídicos associados ao formalismo legal, como assevera MENEZES CORDEIRO¹¹, acresce a percepção de que: “[...]o seu desrespeito não concita, nas níveis ético, psicológico e social, a reprovação enérgica que o Direito lhe conecta”. Não admira, pois, que OLIVEIRA ASCENÇÃO¹² encare com ceticismo a coerência das respetivas finalidades e razões justificativas, que acusa de “juncar de burocracia o mundo do Direito” e levar frequentemente a “postergar a vontade das partes, em vez de a favorecer”, entendendo o formalismo como próprio dos direitos primitivos, e muitas das exigências

⁶ PAIS DE VASCONCELOS, *Ob. Cit.*, pág. 313.

⁷ CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade civil*, Teses Almedina, 2007, pág. 876.

⁸ Veja-se, a título de exemplo, o disposto nos art. 875º, 947º, 981º ou 1710º CCiv. para certos e determinados negócios jurídicos.

⁹ CARNEIRO DA FRADA, *Teoria...*, pág. 876.

¹⁰ FERREIRA DE ALMEIDA, *Ob. Cit.*, pág. 105.

¹¹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol V., Almedina, 2011, pág. 300.

¹² OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito Civil- Teoria Geral*, II, Coimbra Ed., 1999, pág. 54-46.

formais que surgem consagradas em legislação avulsa como meras manifestações de anacronismo burocrático (cuja *ratio legis* se releva, por vezes, difícil de discernir) pois que, para além da redução da fluência e celeridade do tráfego jurídico, como bem salienta MOTA PINTO¹³, podem ainda determinar a ocorrência de: “[...] eventuais injustiças, derivadas de uma desvinculação posterior de uma parte do negócio, com fundamento em nulidade por vício de forma, apesar de essa parte ter querido efetivamente o ato jurídico negocial”. Concordamos com PAIS DE VASCONCELOS¹⁴, quando afirma que a desrazoabilidade de algumas exigências legais de forma é inegável, por contraproducentes e, por vezes, por consubstanciarem representarem pouco mais que burocracia. Importa reapreciar as exigências legais de forma e rever aqueles que não encontrem uma justificação compatível com o seu carácter excecional. Só deverão manter-se aquelas que uma necessidade insuperável de ordem pública não permita dispensar. Porém, enquanto se mantiverem na lei, têm a força que a lei lhes confere, devendo por isso ser respeitadas.

Quando assim seja, constituem, por contraposição dos arts. 219º e 220º do CCiv., um pressuposto de validade do negócio jurídico¹⁵, cuja inobservância - ainda que as partes se considerem vinculadas e queiram cumprir - determinará, em regra, nos termos do art. 220º CCiv, a respetiva nulidade, a não ser que seja outra a sanção legal especialmente prevista¹⁶. Como explica VAZ SERRA, a sanção da nulidade (absoluta,

¹³ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed., Coimbra Ed., 2005, pág. 430.

¹⁴ RUI DE ALARCÃO, *Forma dos negócios jurídicos*, in BMJ n.º 86 (maio 1959), pág. 177 a 198.

¹⁵ HÖRSTER, A Parte Geral do Código Civil Português, Coimbra, 1992, pág. 445. Sempre que estejamos perante exigências legais de forma *ad substantiam*, por contraposição às exigências legais de forma *ad probationem*. A distinção doutrinária entre forma *ad substantiam* e forma *ad probationem* radica no facto de as primeiras serem insubstituíveis por outro meio de prova, sendo que a respetiva inobservância gera nulidade, enquanto que no caso das segundas, a sua falta pode ser suprida por outros meios de prova mais difíceis, nos termos do art. 364º, n.º 2 do CCiv. Quando o documento é exigido para a celebração do ato como requisito de *ad probationem* a sua inobservância acarreta como consequência a impossibilidade de prova: o ato só pode ser provado com aquela forma, ou revestido de uma forma mais solene. Em regra, as exigências legais de forma são *ad substantiam*.

¹⁶ HÖRSTER, *Ob. Cit.*, pág. 527. A falta de forma, apesar de constituir um pressuposto de validade do negócio, nem sempre provoca a nulidade do mesmo. A ressalva feita no art. 220º admite outras soluções, evidentemente também ditadas por considerações do interesse público, sendo estas considerações mais ponderosas por respeitarem a valores relevantes de justiça - de que é exemplo a proteção da parte mais fraca. Como explica PAIS DE VASCONCELOS¹⁶: “O seu sentido é que, desde que esteja garantida a liberdade e discernimento a celebração do negócio, e bem assim a ausência de outros vícios que o possam inquinhar, qualquer das partes pode exigir da outra a cooperação necessária para a formalização do negócio; e que, se essa parte se recusar injustificadamente a praticar os atos e diligências necessárias à formalização, a sentença judicial poderá declarar o conteúdo do negócio celebrado e suprir a falta de forma legal¹⁶”. Assim, a título exemplificativo, refira-se que a inobservância da forma escrita legalmente exigida para um contrato de arrendamento urbano não produz, sem mais, os efeitos da nulidade, visto o locador não poder invocar a falta de forma. Como estão em causa direitos relativos, a não invocabilidade da inobservância da forma legal tem os mesmos efeitos jurídicos da validade do contrato (a não ser que o locatário queira invocar a nulidade, pois a respetiva proibição não se dirige a ele. No caso dos arrendamentos sujeitos a registo, a falta de escritura pública ou de registo não impede que o contrato se considere validamente celebrado e plenamente eficaz pelo prazo máximo por que poderia ser sem a exigência de escritura pública (trinta anos) desde que tenha sido observada a forma escrita. Por sua vez, no caso dos arrendamentos simples, a falta do escrito particular pode ser suprida pelo recibo de renda. No arrendamento florestal, a falta de forma legal pode ser suprida judicialmente por sente que reconstitua as cláusulas do contrato. Como estão em causa direitos relativos, a não invocabilidade da inobservância da forma legal tem os mesmos efeitos jurídicos da validade do contrato (a não ser que o locatário queira invocar a nulidade, pois a respetiva proibição não se

hoc sensu) é: “[...] a solução que se harmoniza com os fins de ordem pública da forma legal, e que corresponde, aliás, à orientação do nosso direito vigente, e à de outros sistemas jurídicos¹⁷”. A nulidade do negócio jurídico celebrado com falta de forma legal opera *ipso iure* ou *ipsa vi legis*¹⁸ e é insanável pelo decurso do tempo¹⁹ e mesmo mediante confirmação²⁰. A estrutura do seu regime de invocação é aberta, na medida em que pode ser alegada, nos termos do art. 286º, n.º 1 do CCiv., a todo o tempo por qualquer sujeito de alguma relação negocial que se veja afetada, na sua consistência jurídica ou prática, pelos efeitos a que o negócio se dirigia e oficiosamente cognoscível pelo tribunal²¹. A declaração de nulidade tem efeitos retroativos²²: pelo que deverá ser restituído tudo o que houver sido prestado ou, em caso de impossibilidade da restituição em espécie o valor correspondente.

Tal sucede, por exemplo, no âmbito dos contratos de crédito ao consumo²³ - contratos típicos cujo regime jurídico se encontra previsto no DL 133/2009, de 2 de Junho²⁴, na sua versão mais recente (DL 72º-A/2010, de 17 de Junho). O respetivo regime

dirige a ele. No caso dos arrendamentos sujeitos a registo, a falta de escritura pública ou de registo não impede que o contrato se considere validamente celebrado e plenamente eficaz pelo prazo máximo por que poderia ser sem a exigência de escritura pública (trinta anos) desde que tenha sido observada a forma escrita. Por sua vez, no caso dos arrendamentos simples, a falta do escrito particular pode ser suprida pelo recibo de renda. No arrendamento florestal, a falta de forma legal pode ser suprida judicialmente por sente que reconstitua as cláusulas do contrato.

¹⁷ VAZ SERRA, *Forma dos Negócios Jurídicos*, in BMJ n.º 40 (89) pág. 180.

¹⁸ Não se torna necessário intentar uma ação ou emitir uma declaração nesse sentido, nem sequer uma sentença judicial prévia, podendo, como já se disse, ser declaradas *ex officio* pelo tribunal.

¹⁹ A possibilidade da sua invocação perpétua pode, porém, ser precludida, no aspeto prático, pela verificação da usucapião (prescrição aquisitiva), se a situação de facto foi atuada de acordo com os efeitos a que tendia o negócio.

²⁰ Pode, todavia, ter lugar aqui um sucedâneo da confirmação: a chamada renovação ou reiteração do negócio nulo. Para além do mais, destaque-se um caso particular de nulidade (venda de bens alheios) em que a lei determina a convalidação do contrato (art. 895º), automaticamente, logo que o vendedor adquira por algum modo a propriedade da coisa.

²¹ GUILHERME MOREIRA, *Instituições do direito civil português*, Vol. I, pág. 514, não aceita a doutrina quanto a poder a nulidade ser declarada oficiosamente pelo juiz, considerando que isso só terá lugar quando a nulidade seja devida a impossibilidade do conteúdo negocial, por ser ele contrário à lei ou aos bons costumes.

²² HÖRSTER, *Ob. Cit.*, pág. 590. “[...] não há retroatividade no sentido em que esta se dá no caso de um negócio anulado, pois nenhum efeito jurídico volitivo pode ser destruído”. No entanto, quando tenha havido troca de prestações pelas partes do negócio – não obstante a nulidade, estas prestações serão atingidas pela declaração de nulidade, sendo de restituir de acordo com a situação existente na altura da celebração do negócio.

²³ De acordo com o disposto no art. 4.º do DL n.º 133/2009, de 2 de Junho, na sua redação mais recente (DL 72º-A/2010, de 17 de Junho), entende-se por contrato de crédito ao consumo²³ o contrato pelo qual um credor concede ou promete conceder a um consumidor um crédito sob a forma de diferimento de pagamento, mútuo, utilização de cartão de crédito, ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante. Nos termos do disposto no art. 2º, n.º 1 da Lei de Defesa do Consumidor (na redação dada pela Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho), considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios.

²⁴ A Diretiva n.º 87/102/CEE, do Conselho, de 22 de dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros relativas ao crédito ao consumo, alterada pela Diretiva n.º 90/88/CEE, do Conselho, de 22 de fevereiro, e pela Diretiva n.º 98/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro, estabeleceu regras comunitárias para os contratos de crédito ao consumo, tendo sido transposta para o ordenamento jurídico interno pelo Decreto-Lei n.º 359/91, de 21 de setembro. Face aos desenvolvimentos ocorridos nesta área, o Parlamento Europeu e o

legal é bastante complexo²⁵, sendo profundamente marcado pelo objetivo central da tutela do consumidor²⁶, para o que foi elencado um conjunto vasto de deveres pré-contratuais, entre os quais afigura a obrigatoriedade de redução a documento escrito²⁷ ou eletrónico²⁸, assinado pelas partes (art. 12º, n.º 1 do DL n.º 133/2009, de 2 de Junho). Para além do mais, determina o n.º 2 da mesma disposição legal que todos os contraentes, incluindo os garantes, devem receber um exemplar do contrato de crédito ao consumo, sendo que, no caso de contratos de crédito celebrados presencialmente, o exemplar deve ser entregue no momento da assinatura do mesmo²⁹.

Sendo o contrato de crédito ao consumo, como vemos, um contrato formal, preceitua o art. 13.º, n.º 1, que, quando não sejam observados os requisitos legais de forma supramencionados, o contrato seja ferido de nulidade³⁰, a qual, de acordo com o disposto no n.º 5 da mesma disposição legal, de presume imputável ao financiador, sendo a invalidade do contrato apenas suscetível de ser vir a invocada pelo consumidor³¹.

Conselho aprovaram a Diretiva nº 2008/48/CE, de 23 de abril, relativa a contratos de crédito aos consumidores, que exprime a urgência na realização de um mercado comunitário de produtos e serviços financeiros, quer prevendo a uniformização da forma de cálculo e dos elementos incluídos na TAEG, quer reforçando os direitos dos consumidores, nomeadamente o direito à informação pré-contratual. É esta diretiva, que revoga os textos comunitários vigentes sobre esta matéria, que o DL 133/2009, de 2 de Junho vem transpor para o direito interno.

²⁵ MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, I, Almedina, 1980, pág. 98. Com efeito, os contratos de crédito ao consumo são maioritariamente contratos de adesão (elaborados pelo financiador e subscritos pelo consumidor), que respondem favoravelmente às necessidades das economias de consumo em massa pela simplificação, economia de tempo, redução dos custos de transação, entre outras vantagens, que introduzem na celebração do contrato, não obstante poderem, por vezes, dar lugar à supressão ou redução da liberdade de negociação e à possibilidade de uma das partes desequilibrar o balanço contratual a seu favor.

²⁶ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2009, pág. 510 e ss. Aliás, entendemos que, ao fixar como limite o princípio da proteção do consumidor, o legislador reconheceu implicitamente que o contrato tem uma função social, na medida em que a sua regulamentação visa efetivamente proteger o contraente mais fraco. *Vd.* SOARES, RENATA, *A boa fé objetiva e o inadimplemento do contrato*.

²⁷ Exigência legal de forma *ad substantiam*, existente nos contratos de crédito ao consumo celebrados entre presentes ou ausentes; cf. Acórdão da RL de 29-1-2008 (ARNALDO SILVA), in: XXXIII CJ (2008), I, 85-87.

²⁸ Concretização do princípio da neutralidade (ou equiparação) formal, consagrado nos Princípios UNIDROIT (vfr. Art. 1:10) e nos Princípios de direito europeu dos contratos (cfr. Art. 1:301).

²⁹ É consensual na doutrina e na jurisprudência que a primeira obrigação legal abrange a segunda.

³⁰ Repare-se que esta não é a sanção típica subjacente à inobservância da obrigação de entrega de um exemplar do contrato aquando da celebração do mesmo: em princípio, a omissão de um dever deste género resolve-se nos termos das regras do incumprimento, podendo, no limite, o credor utilizar o mecanismo resolutivo ao abrigo das regras da responsabilidade civil contratual. Como esclarece GRAVATO MORAIS, *Contratos de Crédito ao Consumo*, Almedina, 2007: “Não foi este – muito acertadamente – o entendimento do legislador. A sanção da nulidade do contrato – em vez do emprego das regras do incumprimento – torna mais efetiva e mais eficaz a tutela do consumidor [...] Do ponto de vista prático, também esta via se mostra bem mais adequada à satisfação dos seus interesses: a sanção expressa garante uma maior proteção do consumidor do que os remédios típicos do incumprimento contratual”. Já o mesmo não se pode dizer relativamente à inobservância das obrigações de reduzir o contrato a escrito e de ser assinado pelas partes, para as quais é o efeito típico, resultante do art. 220, n.º 1 do CCiv.

³¹ Do exposto, ressaltam dois aspetos de regime com particular relevância para o que seguirá: o primeiro, que estamos perante um regime legal imperativo; o segundo, que a nulidade é atípica pelo que, para além de não poder ser invocada pelo financiador, também não poderá ser oficiosamente cognoscível pelo tribunal.

O que deverá suceder, então, se, ainda que o contrato tenha sido celebrado sem a observância do disposto no n.º 1 e/ou 2 do art. 12º do DL 133/2009, de 2 de Junho, venha a ser executado? O negócio está concluído visto que existe consenso negocial completo, com vontade e consciência da vinculação negocial, mas falta-lhe a forma para que alcance a sua plena validade³². Ainda que as consequências da invalidade sejam neste caso, a não produção dos efeitos jurídicos pretendidos desde o início (para além da obrigação de restituição de tudo o que houver sido prestado), a verdade é que o negócio inválido existe e cria a aparência de uma normalidade jurídica. Contudo, enquanto a invalidade formal não for invocada, as falsas aparências mantêm-se e, com elas, o aspeto de uma normalidade jurídica que na verdade não existe, sob pena de, com o decurso do tempo, as aparências virem a sobrepor-se-lhe, criando uma realidade jurídica nova. É o que ocorre, no âmbito do contrato de crédito ao consumo, quando este, ainda que celebrado com vício de forma por omissão de entrega³³ de um exemplar assinado pelas partes aquando da respetiva celebração³⁴, venha a ser por estas cumprido: o contrato existe, apesar de invalidamente celebrado, sendo que o seu cumprimento (ainda que parcial) cria a aparência de uma realidade querida pelas partes e tutelado pelo Direito. Por conseguinte, esta aparência gera um estado de confiança na execução do contrato que, por sua vez, justifica a expectativa da continuidade do respetivo cumprimento³⁵.

O que deverá ocorrer, então, quando umas das partes - o consumidor -, tendo cumprido parcialmente o contrato, decide alegar o vício de forma por forma a obter a nulidade do mesmo com o intuito de se desvincular das obrigações previamente assumidas? Socorrendo-nos da terminologia utilizada por PAIS DE VASCONCELOS³⁶,

³² Com efeito, o início de execução e o cumprimento, quando se verificarem antes da formalização, constituem indício seguro da conclusão do contrato, tal como é o caso, visto que estamos perante uma exigência legal de forma externa, que se distingue do outro em que a omissão da forma (interna) decorre de não haver ainda o fecho do negócio. Só a forma interna condiciona a existência do negócio; a forma externa tem influência apenas sobre a sua validade.

³³ Sucede frequentemente que o financiador, não tendo procedido à entrega do exemplar do contrato ao tempo da sua subscrição pelo consumidor, envia, posteriormente, o documento já assinado por ambos. Poder-se-ia indagar se esta conduta seria suscetível de sanar a nulidade do contrato. No entanto, essa possibilidade tem vindo a ser rejeitada pelos tribunais. Vd., por exemplo, Ac. TRP de 26/06/2102, proc. n.º 416/09.4TBBAO.P1, (RAMOS LOPES), in www.dgsi.com.

³⁴ Salvo no caso da controvertida tese da contratação entre ausentes.

³⁵ Não é essa relação de confiança que justifica a existência do contrato pois, como explica CARNEIRO DA FRADA, *Ob. Cit.*, pág. 67, se: “[...] se fosse dizer que a confiança constituía a causa da eficácia negocial, teria de concluir-se que, onde essa confiança se não gerasse por qualquer razão, aquela eficácia também não se daria”. O contrato existe porque materializa um consenso entre as partes, ainda que invalidamente celebrado; a aludida relação de confiança apenas poderá fundar a pretensão da continuidade do seu cumprimento.

³⁶ PAIS DE VASCONCELOS, *Ob. Cit.*, pág. 327. Por contraposição a outras situações em que o contrato sofra de vício formal, seja por ignorância ou inadvertência das partes (atuação ingénuas), ou porque tenha vindo a ser executado antes da sua formalização e na expectativa de que viria a sê-lo de acordo com a lei (atuação confiante) ou quando a parte contribui relevantemente para a falta de forma e vem depois invocá-la (atuação contraditória) e ainda quando a parte provoca intencionalmente a falta de forma para vir depois aproveitar-se dela (atuação dolosa). No campo dos contratos de crédito ao consumo, nenhuma das situações tem cabimento. A primeira, porque o ónus da formalização do contrato recai sobre o financiador, que, agindo no âmbito da sua atividade comercial, tem a obrigação de conhecer as obrigações a que se encontra adstrito, não lhe sendo por isso uma atuação ingénuas. A segunda, porque a circunstância que permitiriam a regularização da situação após o início da execução do contrato (designadamente, a entrega do exemplar contratual subscrito pelo consumidor) colide o objetivo da exigência legal: permitir ao consumidor ajuizar

reportamo-nos a uma atuação oportunista do consumidor, consubstanciada na invocação do vício de forma legal com o intuito de se desvincular de um contrato que pretendia celebrar e que, conhecedor ou não do vício de forma de que este enfermava, veio efetivamente a cumprir, não tendo o vício alegado constituído – até ao momento em que decide prevalecer-se dele para se desvincular das obrigações previamente assumidas - motivo impeditivo do cumprimento.

São várias as questões suscitadas por este caso concreto, quer ao nível da admissibilidade da invocação do vício de forma, quer ao da respetiva procedência e ainda relativamente às consequências que desta emirjam para as partes. Começemos pelo início.

se deve ou não exercer o seu direito de arrependimento. Por conseguinte, nunca essa solução seria suscetível de sanar a invalidade do contrato. Daí que tenha vindo a ser expressamente rejeitada pelos tribunais. Veja-se a título de exemplo, o Ac. TRP de 26-06-2012, proc. n.º 416/08.4TBBAO.P1, (RAMOS LOPES), *in* www.dgsi.pt. As restantes, porque o regime de invocação da nulidade no âmbito dos contratos de crédito ao consumo não é aberto, na medida em que esta é atípica, pelo que apenas é invocável pelo consumidor e nunca pelo financiador, que é quem tem a obrigação de se precaver nestes casos.

3. Tutela preventiva das consequências da invocação do vício de forma

A admissibilidade da invocação da nulidade por vício de forma conhece limitações consideráveis em determinadas áreas do direito. Com efeito, pode ser inclusivamente vedada quando, por exemplo, haja de se proteger o contraente mais fraco. No âmbito do contrato-promessa, veja-se o disposto no art. 410, n.º 3 do CCiv., de acordo com o qual: “[...] o contraente que promete transmitir ou constituir o direito só pode invocar a omissão destes requisitos [o reconhecimento presencial das assinaturas, pelo promitente ou promitentes, do documento – autêntico ou particular - exigido no n.º 2 da mesma disposição legal pelas quais se vinculam à celebração do contrato prometido e a certificação, pela entidade que realiza aquele reconhecimento, da existência da respetiva licença de utilização ou de construção] quando a mesma tenha sido culposamente causada pela outra parte”. No âmbito do contrato de arrendamento urbano, a inobservância da forma escrita não pode ser invocada pelo locador. Já no contrato de arrendamento rural, de acordo com o disposto no art.º 8 do DL 385/88, de 25 de Outubro, a parte que se recusar a reduzir o contrato a escrito fica impedida de invocar a nulidade formal. No âmbito do contrato de edição, estabelece o art. 87º do CDADC que a nulidade resultante da falta de redução do contrato a escrito presume-se imputável ao editor não pode ser invocada pelo editor.

A índole do motivo que, nos casos acima expostos, determina a restrição da admissibilidade da invocação da nulidade por vício de forma, apesar de se fazer sentir com especial acuidade na área do direito do consumo, não determina, no entanto, que esta, quando reportada a um contrato de crédito ao consumo, seja vedada - sem prejuízo de ser apenas permitida ao consumidor.

Já a procedência da invocação da nulidade por vício de forma tem vindo a ser, há muito tempo, objeto de controvérsia na doutrina e na jurisprudência, sendo questionável quando consubstancie uma conduta abusiva por parte do seu autor, por ser contrária aos ditames boa fé – como poderá denotar o cumprimento parcial do contrato. Como explica COUTINHO DE ABREU, seria inadmissível a impugnação da validade dum negócio por vício de forma por quem, apesar disso, o cumpre ou aceita o cumprimento realizado pela outra parte³⁷. Estaríamos, no entender de MENEZES CORDEIRO, no âmbito daquilo que denomina por *inalegabilidade formal*³⁸, em que: “[...] a nulidade derivada da falta de forma legal de determinado negócio não possa ser alegada sob pena de se verificar um abuso do direito, contrário à boa fé”.

Por conduta abusiva devemos entender a que se enquadre no escopo do princípio normativo positivado no art. 334º do CCiv., sede legal do instituto do abuso do direito³⁹,

³⁷ COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso de Direito*, Almedina, 1983, pág. 60.

³⁸ MENEZES CORDEIRO, *Ob. Cit.*, pág. 299.

³⁹ Integram o grupo de situações abusivas as figuras da *suppressio*, *surrectio*, *venire contra factum proprium*, *tu quoque*, *exceptio doli* e o desequilíbrio no exercício (exercício danoso inútil, *dolo agit qui*

nos termos da qual será ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo respetivo fim social ou económico. Esta disposição consagra uma regra de conduta segundo a boa fé - expressão dos valores fundamentais do sistema - tanto no cumprimento da obrigação negocial (art. 762º, n.º 2 do CCiv), quer nos preliminares e na formação do contrato (art. 227º do CCiv.). A boa fé, considerada objetivamente pela sua função balizadora ou sindicadora da atuação de posições em si mesmas conformes com as normas que formalmente as atribuem, funciona como uma válvula de escape do sistema, permitindo-lhe reproduzir, melhorar, corrigir-se bem como completar as respetivas soluções. Exprime exigências que se sobrepõem a um nível primário de ordenação social e assegura que o respetivo exercício se movimente dentro do espaço da conformidade com certos valores mais profundos, como o da princípio da primazia da materialidade subjacente e o da tutela da confiança, que subjazem ao próprio ordenamento jurídico. Assim, nas palavras de MANUEL DE ANDRADE⁴⁰, serão atentatórias da boa fé todas aquelas hipóteses em que a invocação e aplicação de um preceito de lei resultaria, no caso concreto, intoleravelmente ofensiva do nosso sentido ético-jurídico, embora legalmente se aceitando como boa e valiosa para o comum dos casos a sua estatuição”.

Ainda que a tese dominante vá no sentido de entender a proibição do comportamento abusivo como mero reflexo da regra de conduta da boa fé (na medida em que seriam proibidos, porque abusivos, os comportamentos que consubstanciassem atentados àquela regra, sendo que esta última, ao invés, corresponderia a uma enunciação pela positiva da proscrição do abuso), note-se que um conceito é autónomo do outro. Como defende COUTINHO DE ABREU⁴¹, o princípio da boa fé, apesar de se revelar principalmente em hipóteses típicas relacionadas com o exercício de direitos, não deixa de atuar também no cumprimento das obrigações, valendo para todo o comportamento juridicamente relevante, ora modelando as condutas a que os sujeitos se encontram já adstritos, ora desempenhando mesmo uma função de fundamentação *a se* de deveres autónomos que, quando não observados, desencadeiam tipicamente uma obrigação de indemnizar⁴². Pelo seu lado, o abuso do direito adveio de um determinado exercício de direitos, representando uma eficácia inibitória que se traduz na preclusão do exercício de certa posição jurídica, pelo que constitui uma *ultima ratio*, de aplicação subsidiária, com respeito às regras de agir juridicamente vinculantes.

Na opinião de CUNHA GONÇALVES⁴³, a figura do abuso do direito⁴⁴ não se traduz:” [...] nem numa delimitação indireta dos direitos subjetivos nem tão pouco [...]

petit quod statim redditurus est e a desproporção entre a vantagem do titular e o sacrifício por ele imposto a outrem).

⁴⁰ Citado por COUTINHO DE ABREU, *Ob. Cit.*, pág. 19.

⁴¹ COUTINHO DE ABREU, *Ob. Cit.*, pág. 60.

⁴² CARNEIRO DA FRADA, *Ob. Cit.*, pág.

⁴³ CUNHA GONÇALVES, *Abuso do Direito*, Reimpressão da Ed. de 1973, Almedina, 1997, pág. 18 e ss.

⁴⁴ Existem duas concepções de abuso do direito: uma, fundada na teoria interna, entende o abuso como uma exceção ao exercício do direito, por desconsideração dos respetivos limites intrínsecos⁴⁴; outra, baseada na teoria externa, concebe-o antes como uma limitação ao exercício do direito, por violação de normas jurídicas alheias ao próprio direito subjetivo mas que o titular deveria acatar.

é o corretivo de moralidade que a legalidade postula, ou ainda, um mero fenómeno sociológico inerente às mutações do devir histórico-social, em face do circunstancialismo situado no espaço e no tempo que a lei previu [...] mas sim uma específica qualificação jurídica, dotada de autonomia dogmática, dentro de uma perspectiva e segundo um critério estritamente jurídicos”.

Ainda que HÖRSTER afirme que: “[...] a lei procura obter um controlo ou uma moderação do poder, fazendo com que o exercício do direito subjetivo⁴⁵ por parte do titular se efetue dentro do quadro resultante do fim para o qual foi atribuído”, através de efetivas limitações ao exercício de posições jurídico-subjetivas, que, no entender de MENEZES CORDEIRO⁴⁶, se caracterizam por: “[...] só serem determináveis *in concreto*; corresponderem a exigências globais que se projetam – ou podem projetar – em exercícios precisos; ordenam-se em função de princípios gerais como o da tutela da confiança e o da primazia da materialidade subjacente; equivalem, em termos jurídico-positivos, a uma regra de conduta segundo a boa fé”, o abuso do direito não visa introduzir na estrutura do direito qualquer fator modificativo ou redutor do seu conteúdo nem tão pouco restringir, no âmbito desse conteúdo, a liberdade de atuação do titular. O seu significado não se esgota na mera abstenção ou proibição de atos abusivos: envolve um claro imperativo endereçado ao titular do direito para que o exerça corretamente, em atenção aos interesses fundamentais da comunidade. Nesta perspectiva, concordamos com PENHA-GONÇALVES⁴⁷ quando afirma que o abuso: “[...] longe de ser um limite ao exercício do direito, deve antes ser entendido como meio de sua potenciação jurídica”.

Para VAZ SERRA⁴⁸, haverá abuso do direito quando: “[...] o direito, legítimo (razoável) em princípio, é exercido, em determinado caso, de maneira a constituir clamorosa ofensa do sentimento jurídico socialmente dominante”. CASTANHEIRA NEVES⁴⁹, por sua vez, reconduz a conduta abusiva a um comportamento que: “[...] tenha a aparência de licitude jurídica – por não contrariar a estrutura formal-definidora (legal ou conceitualmente) de um direito, à qual mesmo externamente corresponde – e, no entanto, viole ou não cumpra, no seu sentido concreto-materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício”⁵⁰. Para MENEZES CORDEIRO⁵¹, o abuso do direito reside na: “[...] disfuncionalidade de comportamentos jurídico-subjetivos por, apesar de serem consentâneos com normas jurídicas, não confluírem no sistema em que estas se integrem”. Com efeito, do nosso ordenamento jurídico resulta um conjunto de

⁴⁵ Já MENEZES CORDEIRO entende que a figura do abuso do direito não se reporta única e exclusivamente ao âmbito do exercício de direitos subjetivos, abarcando todo o exercício disfuncional de posições jurídicas.

⁴⁶ MENEZES CORDEIRO, *Ob. Cit.*, pág. 366.

⁴⁷ PENHA-GONÇALVES, *O Abuso do Direito*, pág. 493.

⁴⁸ VAZ SERRA, *Abuso do Direito (em matéria de responsabilidade civil)*, BMJ n.º 85, (1985), pág. 253.

⁴⁹ CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*, I, “A Crise”, Coimbra, 1967, pág. 518.

⁵⁰ O exercício do direito estaria em princípio a coberto da norma. Mas no caso concreto existem circunstâncias ou relações especiais em virtude das quais o exercício do direito, a invocação da norma, incorre em contradição com a ideia de justiça.

⁵¹ MENEZES CORDEIRO, *Ob. Cit.*, pág. 369.

normas e princípios de Direito que projeta um sistema de ações que, por se colocarem como atuações juridicamente permitidas ou impostas, relevam para o sistema, sendo que o não-acatamento dessas imposições e o ultrapassar do âmbito posto às permissões contraria o sistema: existe uma desconformidade. Certo é que, nos termos do disposto no art. 334º do CCiv., a desconformidade do exercício do direito tem que ser manifesta. Quer isto dizer que deve ser objetivamente clara, evidente e inequívoca, não relevando, para a sua verificação, a consciência do abuso⁵².

Mas como qualificar esta desconformidade? Subjaz-lhe um juízo de ilegitimidade, ilicitude, ilegalidade? Na verdade, apesar de no texto do art. 334º do CCiv. se fazer uso do termo *ilegitimidade*, a divisão doutrinal que se verifica quanto a este ponto em concreto determina a premência de proceder à respetiva distinção para depois tomar posição acerca das teses em confronto, averiguando ademais da autonomia do instituto do abuso do direito face aos restantes.

Segundo CUNHA DE SÁ⁵³, que por sua vez se socorre do pensamento de JOSSERAND, ato ilegal é o ato realizado sem direito e, por consequência, em violação de um direito de outrem⁵⁴. Por sua vez, ato ilícito é o ato que, não representando uma ultrapassagem de um direito, é exercido de modo contrário ao seu destino na medida em que, apesar de não violar a própria letra da lei, vai contra o seu espírito⁵⁵. Desenvolvendo este raciocínio apoiando-se em GIORGINI, constata que esta distinção tem de partir de um prévio estudo da estrutura da ilicitude. Assim, o primeiro seria um ato relativo ao exercício de um direito subjetivo que é proibido por uma específica disposição normativa e que vem contrariar um concreto dever jurídico. Já o segundo seria simultaneamente permitido e proibido. Se só é juridicamente ilícito o comportamento que seja especificamente contrário a um dever jurídico, pode acontecer que a conduta não se encontre especificamente proibida mas não pertença necessariamente ao âmbito das condutas juridicamente ordenadas ou livres. Do exposto, conclui, na esteira de DABIN, que o ato formalmente ilegal adviria de uma proibição específica do exercício de um direito em ordem ao interesse a cujo confronto ele é realizado; já o abusivo decorreria de uma proibição geral de exercício do direito em ordem a esse mesmo valor.

Num esforço de sintetização do que se acabou de expor, poder-se-á compreender a utilização do conceito de ilegitimidade como uma forma de ultrapassar a questão (batida) de saber se, no abuso do direito, existe ou não direito, advindo a ilegalidade da prática de um ato a que não corresponde um direito, do que poderá decorrer uma ilicitude formal. A ilicitude – contendo um juízo de antijuricidade⁵⁶ – decorre da violação de um

⁵² Com efeito, a consagração de uma conceção objetiva do abuso do direito visa evitar que se desse proteção àqueles que não conhecem escrúpulos. Além disso, como explica PENHA-GONCALVES, *Ob. Cit.*, pág. 500, esta opção reduz no possível os riscos do arbítrio judicial ou de mero subjetivismo na apreciação.

⁵³ CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito*, pág. 471 e ss.

⁵⁴ Dando azo a responsabilidade civil de tipo objetivo.

⁵⁵ Dando azo a responsabilidade civil de tipo subjetivo.

⁵⁶ Para este efeito, entendida em sentido objetivo, reportando-se ao carácter anti-social do ato, e não à dimensão ético-jurídica da conduta do agente, que, inversamente, redundaria num conceito de culpabilidade que, como vimos, não releva para efeitos de verificação da existência do abuso do direito.

dever jurídico e parte de uma proibição específica do exercício de um determinado direito, ao invés do abuso, que radica numa proibição geral do exercício de um direito (naqueles precisos termos ou para aqueles precisos fins), sem prejuízo de poder ser entendido como um ilícito material.

PENHA-GONÇALVES entende que o ato abusivo implica a violação de um dever legal, pelo que deve ser considerado como ato objetivamente ilícito⁵⁷. MANUEL DE ANDRADE e VAZ SERRA⁵⁸, negando a autonomia dogmática do abuso de direito, reconduzem-no à noção de ilícito extracontratual, não sem antes este último ter constatado que: “O facto de o procedimento do titular do direito se mostrar clamorosamente chocante para o sentimento jurídico dominante na coletividade pode revelar que esse procedimento é ilegal, por não ser de crer que a lei queira um efeito de tal ordem, mas trata-se, afinal, de um problema de interpretação da lei, tanto assim que se ressalva, na orientação referida, o caso de se exigir uma regulação infrangivelmente certa”⁵⁹. MENEZES CORDEIRO depreende que o termo *ilegítimo* não está utilizado em sentido técnico e que o legislador pretendeu dizer “é ilícito” ou “não é permitido”. Entende que o legislador, para não tomar posição quanto ao dilema, hoje ultrapassado de saber se ainda há direito, no abuso ou se, de todo já estamos em campo proibido, optou pela forma ambígua da ilegitimidade⁶⁰. Já CASTANHEIRA NEVES distingue a ilegalidade do abuso do direito, reconduzindo a primeira a uma noção de ilicitude formal e a segunda a uma de ilicitude material. Nesta senda, o abuso do direito constituiria um limite normativo, simultaneamente imanente e material do direito: o exercício abusivo do direito só aparentemente é exercício do mesmo direito.

Inversamente, CARNEIRO DA FRADA⁶¹ defende que o abuso não está dependente da censurabilidade da conduta de quem nele incorra, pois que o recurso a uma noção de ilicitude - enquanto simples contrariedade de exercício do direito com certas exigências axiológico-normativas da juridicidade – para este fim não seria minimamente proveitosa na medida em que, uma vez que se situa para além das normas positivas que compõem o sistema jurídico (identificando-se no fundo como uma justiça material objetiva) não se esclarece adequadamente pela violação de prescrições de comportamento que impendem sobre o sujeito, assumindo antes uma função descritiva do que propriamente fundamentadora do juízo do abuso. Assim, entende que o exercício de uma

⁵⁷ PENHA-GONÇALVES, *Ob. Cit.*, pág. 501. Distinguindo entre ilícito objetivo (confronto entre o ato, na sua materialidade, e a norma) e ilícito subjetivo (valoração subjetiva porquanto exige que o ato traduza uma vontade livre e consciente do autor), não parece que a qualificação da ilicitude do ato abusivo pudesse ficar dependente de dolo ou culpa do seu autor, ainda que a intencionalidade, o ânimo de prejudicar ou defraudar contribua certamente para tornar mais vincado e mais chocante o excesso cometido.

⁵⁸ Afirma este autor que a autonomia dogmática do abuso do direito depende de saber se as consequências que resultam para o agente são ou não as mesmas das que decorrem de uma situação de carência de direito, sendo que apenas poderia ser afirmada no caso de não serem idênticas.

⁵⁹ VAZ SERRA, *Abuso do Direito ...*, pág. 255.

⁶⁰ Argumentando que a ilegitimidade tem, no Direito civil, um sentido técnico: exprime, no sujeito exercente, a falta de uma específica qualidade que o habilite a agir no âmbito de certo direito, o que, no presente caso, obrigaria a equacionar se o sujeito em causa, uma vez autorizado ou, a qualquer outro título, legitimado, já poderia exceder manifestamente os limites impostos pela boa fé. A resposta parece ser negativa.

⁶¹ CARNEIRO DA FRADA, *Ob. Cit.*, pág.

posição jurídica é ilegítimo e não ilícito porque a contrariedade às exigências do Direito é suscetível de derivar de outros fatores que não a adoção de comportamentos contrários aos ditames da ordem jurídica. Com efeito, onde uma conduta não se apresente à partida valorada como ilícita, haverá que proceder a uma juízo de ponderação proporcional acerca dos meios que menos atinjam a liberdade do sujeito obviar à injustiça que ela possa gerar. A preclusão do exercício de um direito constitui efetivamente um recurso último, apenas justificável em situações extremas: é este o sentido da proibição da conduta abusiva⁶².

Mais do que tomar posição, em abstrato, sobre a matéria supramencionada, importa reportarmo-nos novamente ao caso sobre o qual nos debruçamos, isto é, à atuação do consumidor que decide intentar a nulidade do contrato por vício de forma no intuito de se livrar da vinculação previamente assumida e parcialmente cumprida. Preenche, com esta conduta, os pressupostos do abuso do direito?

Parece que o consumidor não age sem direito, nem age em violação de nenhuma disposição legal - o que afastaria, pelo menos aparentemente, a possibilidade de qualificar a sua conduta como sendo ilegítima ou ilícita. No entanto, apesar de a sua conduta não contrariar a estrutura formalmente definidora do direito que lhe assiste e que, por conseguinte, invoca, nem por isso deixa de subverter o sentido concreto-materialmente realizado do mesmo, pois que a cominação da sanção da nulidade para a omissão da forma imperativamente exigida não visa facultar ao consumidor um instrumento de desvinculação contratual para a eventualidade de a manutenção das obrigações que assumiu lhe ser inoportuna mas antes fortalecer a sua proteção no âmbito de uma relação comercial que, na maior parte das vezes, o coloca inevitavelmente numa posição de inferioridade. O que se passa é que o consumidor prevalece-se oportunisticamente dessa proteção para atingir uma finalidade notoriamente diversa da que a fundou⁶³, operando essa subversão a coberto de um regime legal imperativo.

Contudo, se não é irrepreensível a conduta de quem impugna por vício de forma a validade dum negócio que em maior ou menor medida⁶⁴ veio a cumprir, também não será inquestionável permitir-se o bloqueio⁶⁵ da invocação (ainda que eventualmente

⁶² No entanto, para além da mera eficácia preclusiva do exercício inadmissível de posições jurídicas, afirma CARNEIRO DA FRADA que a utilização do abuso do direito, arrancando da ausência notória, no nosso sistema de imputação delitual de danos, de uma norma de responsabilidade que estabeleça com caráter de generalidade a obrigação de indemnizar aí onde não se apresenta violado nenhum direito subjetivo de outrem nem qualquer disposição de proteção – isto é, as duas situações básicas de responsabilidade aquiliana previstas no art. 483º do CCiv. Para além dos mais, partindo-se da formulação objetivista do art. 334º do CCiv. – ao não exigir uma atuação dolosa por parte do sujeito exercente – poder-se-ia alcançar uma responsabilidade mesmo onde as aludidas situações básicas de responsabilidade civil delitual não chegassem. Não parece, no entanto e como adiante discutiremos, ser esta a solução mais acertada ao caso *sub judice*.

⁶³ Neste cenário, haverá no entanto de se reconhecer que quem passa a encontrar-se numa posição de especial vulnerabilidade é o financiador, que vê goradas as expectativas – criadas pelo consumidor - de cumprimento do contrato e, consequentemente, da não invocação da respetiva nulidade, podendo estas ser eventualmente atendidas em homenagem ao princípio da primazia da materialidade subjacente e à tutela da confiança. Desenvolveremos este ponto mais adiante.

⁶⁴ Não releva para o efeito a extensão do cumprimento. Vd. o Ac.

⁶⁵ A aplicação do abuso do direito depende de terem sido alegados e provados os competentes pressupostos. Além disso, as consequências que se retirem do abuso devem estar compreendidas no pedido feito ao

censurável) desse mesmo vício àquele que, sendo profissional no ramo do crédito ao consumo, estava imperativamente obrigado a prover à sua inexistência⁶⁶. Com efeito, o consumidor, ao invocar o vício legal de forma, age ao abrigo de um regime imperativo instituído para sua específica proteção, não constituindo a sua conduta – ainda que não isenta de crítica - uma clamorosamente ofensa do princípio da boa fé e do sentimento geralmente perfilhado pela comunidade, dela advindo resultados manifestamente chocantes e, conseqüentemente, intoleráveis, uma vez que a invalidade formal do contrato e do conhecimento e integral responsabilidade do financiador. Ora, não se verificando a produção de resultados dessa natureza (visto que o financiador é conhecedor da existência do vício) a inalegabilidade formal carece de fundamento.

Parece ser este também o entendimento dominante na nossa jurisprudência. Veja-se a fundamentação deste Acórdão, proferido pelo STJ a 25 de Maio de 2012: “Entendemos que, sopesada a gravidade do comportamento da Autora, profissional no mercado do crédito [...], o quadro factual em que o Réu (a parte mais fraca no contexto negocial, repetimos) invocou a nulidade não exprime abuso do direito por não ser clamorosa e chocantemente violadora das regras da boa fé. Não fora a atuação da Autora incompatível com a ponderação e salvaguarda dos direitos do Réu consumidor, não poderia este invocar a nulidade do contrato. [...] A pretensão do Réu não deve ser paralisada pela invocação do abuso do direito, sendo certo que nas relações de consumo a regra é a da proteção do consumidor, só devendo ser desconsiderada em casos de conduta, a todos os títulos censurável e injustificada, com grave prejuízo da contraparte, o que aqui não é evidente, sendo de acentuar que a atuação da Autora evidencia contornos tais eu conduz a considerar que a atuação do Réu não cai na alçada daquele moderador instituto”⁶⁷. Com efeito, como explana este acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto a 4 de Maio de 2010⁶⁸ “Quem, de facto, violou a relação de boa fé e de confiança que deve existir entre quem contrata foi o autor, não obstante saber que tinha de fornecer um exemplar dos contratos à Ré no momento da respetiva assinatura (para isso, tem um gabinete jurídico devidamente apetrechado), informando-a, no ato, das suas incidências e possíveis conseqüências, se colocou à margem da questão, preocupada, unicamente, com os lucros que o financiamento lhe poderia proporcionar [...] Não choca, por isso (não é clamorosamente ofensivo da justiça ou do sentimento jurídico dominante), a atuação da ré, que, não esclarecida, em tempo oportuno, por quem tinha a obrigação de o fazer, invoca a nulidade dos contratos depois do seu cumprimento parcial”.

Tribunal, em virtude do princípio do dispositivo. Verificados tais pressupostos, o abuso do direito é constatado pelo Tribunal, mesmo quando o interessado não o tenha expressamente mencionado: configura, nesse sentido, uma exceção material de conhecimento oficioso: o tribunal pode, por si e em qualquer momento, ponderar os valores fundamentais do sistema e não fica vinculado às alegações jurídicas das partes. No entanto, recorde-se que a nulidade por vício de forma de um contrato de crédito ao consumo é uma nulidade atípica, pelo que apenas poderá ser invocada pelas partes, sendo que, neste caso em concreto, só o pode ser pelo consumidor.

⁶⁷ Ac. STJ de 25-05.2012, proc. n.º 3808/09.8TBBERG-A.G1 (MARIA PURIFICAÇÃO CARVALHO), disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁸ Vd. Ac. TRP, proc. n.º 328/09.4TBGRD.C1, (GONÇALVES FERREIRA), disponível em www.dgsi.pt.

Em suma, entendemos que não age em abuso do direito o consumidor que invoca a nulidade do contrato de crédito de consumo, ainda que tenha iniciado a execução do mesmo, na medida em que, apesar de, com esta conduta, subverter o sentido concreto-materialmente realizado da nulidade invocada, essa subversão – para além de parecer ser, se não possibilitada, ao menos veiculada no âmbito do imperativo da proteção do consumidor - decorre única e exclusivamente de um facto que é do conhecimento e da inteira responsabilidade do financiador, o que, por si só, deve obstar a que este a possa bloquear com recurso ao instituto supramencionado. Por conseguinte, esta situação não deverá ser suscetível de integrar a categoria das inalegabilidades formais⁶⁹, pelo que o contrato deve ser declarado nulo.

⁶⁹ Já se se constatasse existir um abuso do direito, a situação de dele advir uma inalegabilidade formal também poderia ser discutida na medida em que há quem, na doutrina, questione a eficácia preclusiva desta figura, admitindo, na terminologia de VAZ SERRA (vd. RLJ, ano 109, pág. 30 e 31) a conceção de abuso do direito sem eficácia paralisante. Na opinião deste autor, a eficácia paralisante do abuso do direito só se verificaria nos casos em que a finalidade da disposição legal respeitante à forma não excluísse aquele efeito, isto é, desde que a forma se não destinasse a um fim de segurança ou entrega jurídica inconciliável com a eficácia da declaração não formalizada. Se diversamente, a forma tinha em vista um objetivo inconciliável com a eficácia da declaração desprovida dela, poderia a nulidade ser invocada mesmo por quem cometesse abuso de direito, embora ficasse sujeito a obrigação de indemnizar a outra parte.. Ou seja, abuso do direito como fonte de indemnização. A este entendimento opõe-se CARNEIRO DA FRADA, afirmando que o nosso ordenamento jurídico-positivo limita-se a entender o abuso como uma forma ilegítima do exercício do direito, nada mencionado quanto às suas consequências, que teriam assim de ser firmadas a partir do plano das normas da responsabilidade civil: o que corresponderia à invocação do carácter abusivo de um comportamento seria a preclusão desse comportamento, daí não surgindo qualquer obrigação de indemnizar. Desenvolveremos esta questão mais adiante.

4. Tutela corretiva e compensatória das consequências da invocação do vício forma

A sanção da nulidade deve ser sempre considerada tendo em atenção qual a causa da invalidade e o escopo prosseguido pela respetiva regulamentação, sendo que, na sua vertente negativa, acarreta o afastamento de determinadas consequências jurídicas contrárias ao escopo prosseguido pela respetiva regulamentação; na sua vertente positiva, determina a substituição das consequências jurídicas contrárias ao escopo da norma por consequências jurídicas conformes ou adequadas a tal escopo., repondo e reparando o prejuízo eventualmente sofrido por uma das partes no contrato nulo.

Nestes termos, operando as regras da nulidade, é indiscutível que o regime de liquidação das relações contratuais nulas, alicerçado basicamente no princípio da restituição de tudo aquilo que tiver sido prestado (ou do respetivo valor, se a restituição em espécie não for possível) e coligado à eficácia retroativa que o legislador atribuiu à declaração de nulidade ou à anulação do negócio (art. 289º CCiv.), se pode revestir de inegável dureza para o sujeito que confiou na produção de efeitos⁷⁰. Na verdade, como nota PAIS DE VASCONCELOS⁷¹, “[...] o Direito não se contenta com uma qualquer solução para as questões que lhe são suscitadas, antes exige que as decisões sejam justas e adequadas às circunstâncias.”. Urge, por conseguinte equacionar o modo de proteção do contraente (o financiador) que é surpreendido pela alegação da invalidade do negócio que celebrou – uma vez iniciada a execução do contrato. Como solucionar então a iniquidade gerada na esfera jurídica do financiador pela procedência da nulidade? Em que reside essa iniquidade?

O consumidor, ao dar início e sequência à realização do programa contratual a que (invalidamente) se vinculou, cria na esfera jurídica do financiador a expectativa de que a invalidade não virá a ser por ele invocada. Dessa conduta emerge uma responsabilidade pela adoção de um comportamento futuro contrário a convicções precedentemente acalentadas, enquadrável no âmbito da tutela da confiança em honra ao princípio da

⁷⁰ No setor das relações duradouras tem-se equacionado a hipótese da redução teleológica das normas cominadoras das consequências da nulidade, afastando a sua aplicação retroativa quanto tiver havido execução do contrato. Assim, se os objetivos da forma legal viessem a ser cumpridos independentemente da sua observância, os efeitos do negócio seriam mantidos em homenagem à palavra dada. OLIVEIRA ASCENSÃO, perante o caráter injuntivo das regras legais sobre a forma, recusa qualquer modo da sua redução pelo intérprete, nomeadamente, a chamada redução teleológica, propondo antes a revisão das situações em que se impõe a forma legal⁷⁰. JANUÁRIO GOMES, entendendo que as normas estabelecidas de exigências de forma não são plenas, levanta a possibilidade de recurso à interpretação restritiva, para depois a excluir: é que, por via interpretativa, o aplicador atribuiria à invalidade formal o desvalor da anulabilidade quando o legislador optou claramente pela nulidade. Já CARNEIRO DA FRADA entende que semelhante redução remete sempre para uma regra cuja observância se salvaguarda e, por isso, enquanto puro recurso metodológico, nada adianta no plano da justificação dogmática da solução, que só mediante uma fundamentada teoria das invalidades negociais se pode atingir. Aliás, cingindo-se esta via apenas a afastar, para certa categoria de relações, a obrigação de restituição do que foi já prestado, ela nem sempre permite considerar adequadamente as necessidades de proteção do sujeito quanto às disposições feitas em função do contrato.

⁷¹ PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Teses Almedina.

primazia da materialidade subjacente. Com efeito, a relação de confiança⁷² advém da conduta ativa do consumidor, cuja atuação permite, pelo decurso do tempo sem que atue de alguma forma no sentido de exercer a posição que lhe compete, fazer crer que não será exercida⁷³.

A invocação ulterior do vício de forma pelo consumidor frustra a expectativa do financiador, fundada no cumprimento do contrato pelo consumidor, de que não viria a alegá-la para provocar a sua desvinculação do contrato, na medida em que se revela formal e materialmente antagónica ao cumprimento do programa contratual. Ao fim e ao cabo, estamos perante uma vertente positiva de um caso de *venire contra factum propriu* no exercício de direitos potestativos⁷⁴. A construção do comportamento responsabilizante no *venire* resulta de um juízo de comparação de duas condutas do mesmo sujeito, diferidas no tempo⁷⁵, à luz da constância e coerência da conduta enquanto fatores de criação de expectativas, da qual resulta uma relação de antinomia – em que radica especificidade e autonomia da figura - entre a conduta precedente, causadora da expectativa e a conduta subsequente, defraudadora da expectativa criada. É essa contradição que, frustrando as expectativas, fere a confiança⁷⁶. Parece razoável que quem confia em outrem por motivo a este imputável não deva ficar em princípio numa posição pior do que a que lhe assistiria se não tivesse confiado. Como elucida CARNEIRO DA FRADA⁷⁷, a responsabilidade pela confiança, radicada em postulados objetivos da razão prática e dos valores da estabilidade, continuidade, fiabilidade e coerência de comportamento do sujeito que os sustentam, compensa esta específica vulnerabilidade. Promover a confiança é essencial

⁷² Aqui reside notoriamente uma diferença em relação à redução teleológica. Nesta limita-se a aplicação de uma norma em homenagem à sua lógica intrínseca, a partir, portanto, de dentro dela própria (pese embora esse procedimento pressuponha – alertou-se – a aplicação de um critério normativo que ultrapassa a norma “reduzida”: que o justifica e que vai também colmatar o espaço deixado em vazio pela própria redução). Na proteção da confiança, a norma da nulidade é confrontada com um princípio constituinte, como ela também, do ordenamento, vindo a sofrer, por via dele e da vontade de aplicação que igualmente nele reside, um afastamento. O seu sacrifício provém destarte de uma circunstância extrínseca a ela mesma, como consequência da necessidade da aplicação integral do sistema jurídico no seu todo, enquanto corolário afinal do postulado da própria unidade material deste último. Ele resulta pois da resolução de um problema de compatibilização ou prevalência entre elementos do sistema em face de uma situação concreta.

⁷³ Pode distinguir-se, dentro da responsabilidade emergente da celebração de contratos nulos por vícios de forma, a confiança na manifestação válida da vontade negocial ou em outros atos comunicacionais do sujeito da que assenta na não alegação futura do vício por uma das partes, uma vez conhecido.

⁷⁴ Por contraposição ao *venire* negativo, em que o agente em causa demonstra ir desenvolver certa conduta e, depois, nega-a.

⁷⁵ As condutas causadora e defraudadora de expectativas diferem cronologicamente, o que implica o reconhecimento de um tempo suscetível de relevância jurídica autónoma na construção do juízo de responsabilidade pela confiança, ainda que neste caso, a jurisprudência afirme que é irrelevante o número de prestações já cumpridas para a determinação da responsabilidade pela confiança.

⁷⁶ Mesmo no campo da confiança na continuidade e coerência de comportamento da outra parte perante a nulidade formal, importa entrar em linha de conta, além do *venire*, com figuras que relevam especificamente o longo decurso do tempo sem invocação do vício. São perfeitamente imagináveis constelações de *suppressio*, como quando o seu sujeito legitimado para invocar a nulidade se abstém de exercer esse poder por largo período de tempo, que conduzem a uma “neutralização” desse poder. Ou então, ao invés, do “surgimento” (*surrectio*) de posições jurídicas (que não cumpriram as exigências formais para a sua válida constituição).

⁷⁷ CARNEIRO DA FRADA, *Ob. Cit.*, pág. 807.

para o tráfico jurídico e a pacificação social, pelo que nisso vai um objetivo estratégico primordial e irrenunciável de qualquer ordem jurídica.

A figura do *venire contra factum proprium* tem encontrado enquadramento dogmático em quatro doutrinas, designadamente: a da boa fé, a da confiança, a do negócio jurídico e a da dissolução deste último⁷⁸. Para o efeito do caso *sub judice*, analisaremos apenas as primeiras duas. A afirmação de que o *venire* é uma concretização da boa fé, enquanto comportamento contraditório que viola os ditames deste postulado, é pacífica na doutrina e na jurisprudência. No entanto, como critica MENEZES CORDEIRO⁷⁹, esta justificação é em si mesma frágil porque, apesar de o *venire*, na medida em que é dotado de carga ética, psicológica e sociológica negativa, constituir uma conduta atentatória da boa fé, o simples recurso a este conceito: “[...] despido de quaisquer precisões torna-se, perante essa relação de necessidade, num expediente insatisfatório para a Ciência do Direito e insuficiente para a prática jurídica: não explica as soluções encontradas e não permite, por si, solucionar casos concretos novos. No fundo, a boa fé funciona aí, como apoio linguístico para soluções encontradas com base noutros raciocínios – ou na pura afetividade – ou como esquema privilegiado de conseguir amaro numa disposição legal – a que consagra a boa fé para a solução defendida”. Para além do mais, a derivação da proibição do *venire* a partir da boa fé implica a natureza legal dos deveres que, caso a caso, dela emirja.

Nesse sentido, desenvolveu-se a figura com recurso à doutrina de confiança, postulada, entre outros, pelo autor referido e por BAPTISTA MACHADO, MOTA PINTO e CARNEIRO DA FRADA. Apesar de a sua base legal encontrar-se no art. 334º do CCiv. e na boa fé objetiva, a sua aplicação passaria, por conseguinte, pela proteção da confiança. Esta evolução, como afirma MENEZES CORDEIRO⁸⁰, não redundou na substituição de uma formulação vaga por outra de conteúdo valorativo igualmente vago. Muito pelo contrário: a confiança permite um critério de decisão, que deve ser concretizado por um sistema móvel composto por quatro vetores essenciais, não havendo entre eles uma hierarquia, sendo que a ausência ou falta de força de um deles é suscetível de ser compensada pela presença ou intensidade dos restantes. Vejamos. Em primeiro lugar, seria necessária a existência de uma situação de confiança, conforme o sistema e traduzida na boa fé subjetiva e ética, própria da pessoa que, sem violar os deveres de cuidado que ao caso caibam, ignore estar a lesar posições alheias. De seguida, teria de haver uma justificação para essa confiança, expressa na presença de elementos objetivos capazes de, em abstrato, provocarem uma crença plausível, suscetível de provocar a adesão de uma pessoa normal. Consequentemente, essa justificação consubstanciaria um investimento de confiança, consistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentar efetivo de atividades jurídicas sobre a crença consubstanciada. Por último, esse investimento teria de ser imputável à pessoa que vai ser atingida pela proteção dada ao confiante: tal pessoa, por ação ou omissão, terá dado lugar à entrega do confiante em

⁷⁸ MENEZES CORDEIRO, *Ob. Cit.*, pág. 286. Para o efeito do caso *sub judice*, analisaremos apenas as primeiras duas.

⁷⁹ MENEZES CORDEIRO, *Ob. Cit.*, pág. 284.

⁸⁰ MENEZES CORDEIRO, *Ob. Cit.*, pág. 290.

causa ou ao fator objetivo que a tanto conduziu. Relativamente a este modelo, opina CARNEIRO DA FRADA⁸¹ que: “[...] os requisitos da proteção da confiança não se encontram aprisionados nos limites daqueles sistemas e das suas configurações concretas [...] são de algum modo pré-positivos, como que derivados da estrutura mesma da matéria deste tipo de responsabilidade e inscritos já na sua textura”.

O mesmo autor⁸², alçando-a ao patamar de princípio ético-jurídico - reconduz a responsabilidade pela confiança a uma noção de justiça comutativa, visto que radica num comportamento intencional do sujeito, o que permite uma justificação da obrigação de indemnizar, a conter nos limites da relação entre o lesado e o responsável através do critério da determinação do sujeito e da auto-responsabilidade do seu agir. Por sua vez, BATISTA MACHADO⁸³ afirma que a proteção da confiança obedece a pressupostos inerentes à natureza e à função do Direito, reconhecendo a responsabilidade pela confiança como uma: “[...] necessidade ético-jurídica”. Também CASTANHEIRA NEVES⁸⁴ inclui o princípio da proteção da confiança nos que se compreendem como: “[...] normativas realizações da ideia de justiça”. Inversamente, MENEZES CORDEIRO rejeita a natureza de princípio ético-jurídico à proteção da confiança a pretexto de que se fundamenta na boa fé e de que esta tem natureza jurídica, sem prejuízo, no entanto, de reconhecer a sua dimensão ética. A distinção residiria, então, em que a boa fé seria, para este efeito, tomada em consideração como um conceito jurídico geral a cujo conteúdo valorativo corresponde a tutela da confiança, ao passo que a perspectiva que considera a tutela da confiança como princípio ético-jurídico implica um desenvolvimento superador da lei que, como tal, remete necessariamente para além do aludido conceito de boa fé. Certamente que a atenção devida a outros princípios ou valorações conduz também à compressão do pensamento da responsabilidade pela confiança. A realização concreta deste pensamento implica no fundo uma ponderação entre a defesa da liberdade daquele que frustra a confiança alheia e a necessidade de tutelar as expectativas importa encontrar um compromisso. A responsabilidade pela confiança assume-se deste modo como uma forma de justiça corretiva acolhida pela boa fé na dimensão relacional dos sujeitos a que apela, exprimindo uma adequada e razoável conciliação dos interesses dos mesmos.

Note-se, ainda assim, que no campo das nulidades por vício de forma é mais difícil dar-se o requisito da justificação da confiança. Afinal de contas, a observância da forma legal na celebração do contrato de crédito ao consumo impõe-se imperativamente ao financiador, devendo este providenciar pelo seu acatamento. Esclareça-se, no entanto, que a proteção da confiança, neste caso, não se projeta na expectativa da validade do negócio mas antes na da não invocação dessa mesma invalidade. Mesmo quando o facto indutor de confiança é patentemente frágil, porque o sujeito conhece à partida a nulidade do negócio e apenas lhe resta, portanto, depositar esperança na não invocação futura do vício pela outra parte – o que significa que, não podendo condicionar essa atitude por a outra parte se não encontrar vinculada a esse comportamento, se limita a confiar na sua

⁸¹ CARNEIRO DA FRADA, *Ob. Cit.*, pág. 588.

⁸² CARNEIRO DA FRADA, *Ob. Cit.*, pág. 893.

⁸³ CARNEIRO DA FRADA, *Ob. Cit.*, pág. 384.

⁸⁴ BATISTA MACHADO, *Introdução ao Estudo do Direito*, Almedina, pág. 130 e ss e 156.

coerência de comportamento do consumidor” – essa confiança pode ser justificada: pense-se- nos casos em que não lhe resta outra alternativa, como sucede no caso do contrato de crédito ao consumo, em que a entrega posterior de um exemplar ao consumidor não tem sido entendida como sendo suscetível de sanar a invalidade formal.

Ressalta assim a vinculação da responsabilidade pela confiança a uma função de restauração de um equilíbrio perturbado pela criação e posterior frustração das expectativas, pelo que as respetivas consequências são, essencialmente, indemnizatórias⁸⁵, e resultam na chamada “proteção negativa” das expectativa⁸⁶.

No entanto, a obrigação de indemnizar por frustração de expectativas alheias não se encontra positivada no nosso ordenamento jurídico, podendo constituir uma via alternativa à divisão entre responsabilidade obrigacional e aquiliana. Como explica CARNEIRO DA FRADA⁸⁷, ela não representa um sucedâneo proporcionado ao credor de uma obrigação incumprida: não visa realizar substantivamente uma atribuição patrimonial a ele devida ou, em todo o caso, assegurar-lhe por equivalente um *status ad que*, muito embora de conteúdo não patrimonial, que lhe era reconhecido pelo Direito. Cingida à defesa do investimento, a responsabilidade pela confiança assume-se mais enquanto mera linha de defesa da posição que o sujeito teria se não tivesse confiado, não

⁸⁵ Inversamente, no sentido de reconhecer consequências indemnizatórias ao *venire* – tese sufragada pela maioria da doutrina - admitindo apenas a preclusão, em casos justificados, via abuso de direito, da possibilidade de invocação da invalidade formal e de desencadear, assim, um processo de liquidação de invocação da invalidade para a outra parte: MOTA PINTO, PEREIRA COELHO, MANUEL DE ANDRADE, HORSTER, CALVÃO DA SILVA, JANUÁRIO GOMES, BAPTISTA MACHADO. Esta tese vai no sentido de entender o *venire* como sendo ilícito. Não cremos que este seja o melhor entendimento. Com CARNEIRO DA FRADA, a consequência da conduta não tem de ser encarada como juridicamente devida. Aquilo que verdadeiramente se visa no *venire* é tão-só a proteção da confiança criada. De facto, o art. 334º do CCiv (putativa sede legal do *venire*), se não se pronuncia sobre as consequências do exercício ilegítimo de um direito quando este excede manifestamente os ditames da boa fé, não obsta, pois, aos efeitos indemnizatórios em sede de proteção da confiança. Refira-se ainda que, sendo a invocação da nulidade em si lícita, ainda que defraudadora da confiança, está fora de causa a reconstituição, *ex vi* do art. 566º, n.º 1 do CCiv., da situação que existiria se a confiança não fosse frustrada. A indemnização em espécie não se aplica no campo das pretensões puramente compensatórias. Esta conclusão é particularmente importante neste domínio, onde se tem de partir da básica possibilidade e licitude de invocar a nulidade do negócio.

⁸⁶ Repare-se: uma proteção “positiva” dirige-se precisamente a reconstituir por meios ressarcitórios aquela posição que lhe assistiria se essas representações se tivessem verificado. Pelo contrário, a indemnização do investimento flexibiliza a proteção jurídica em função das particularidades da situação específica do confiante. Só a via ressarcitória permite atender aos prejuízos concretamente por ele sofridos. Pode por outro lado dizer-se que a garantia indemnizatória do investimento permite conter a tutela da confiança dentro dos limites da proporcionalidade da proteção jurídica. A circunstância de a tutela negativa das expectativas se não apresentar tão profusamente regulada como a positiva não é portanto obstáculo decisivo para a proeminência da primeira, pois o problema da articulação entre ambas é de índole dogmático-sistemática geral. Para além do mais, pensamos que uma proteção positiva da confiança não previne a litigiosidade acerca das situações merecedoras de tutela, a qual depende em muito, com nos casos da responsabilidade negativa da confiança, do acatamento que os sujeitos estejam dispostos a prestar à soluções do direito vigente. E, se é certo que uma proteção de tipo indemnizatório pode envolver um problema de fixação de quantum indemnizatório, este inconveniente parece ser recompensado pela maior justiça que aquela tutela permite e a conformidade e integração sistemática confirmam. A indemnização do interesse positivo (colocar o credor na posição que lhe assistiria se a prestação tivesse sido cumprida) não é transponível para a reparação do dano da confiança. Aqui o que se remove é o prejuízo resultante de se ter atuado na expectativa da pontual execução do acordo pela outra parte.

⁸⁷ CARNEIRO DA FRADA, *Ob. Cit.*, pág. 829.

promovendo, apesar disso, a realização de expectativas, nem reparando qualquer prejuízo traduzido na frustração de representações visto que, na verdade, advém de uma frustração da coordenação da atividade do sujeito por uma conduta alheia que suscitou uma convicção sua - ao contrário portanto da responsabilidade aquiliana, que é funcionalmente orientada. A responsabilidade pela confiança é pois, de certo modo, uma figura intermédia. Não entende assim MENEZES CORDEIRO, por referência exclusiva à teoria bipartida da imputação de danos, pois que faz corresponder à responsabilidade aquiliana a infração de deveres genéricos, mas a violação de deveres específicos remete-as em bloco para a responsabilidade obrigacional, negando, por tal, uma via de responsabilidade autónoma da violação de deveres não delituais ou contratuais.

Entendemos, contudo, que é de sufragar a tese que permite a responsabilização autónoma pela doutrina da confiança, visando a obrigação de indemnizar, dela emergindo a compensação do prejuízo pela criação e posterior defraudação de expectativas. Não está aqui em jogo a realização da “justiça de troca” reclamada tipicamente pelas prestações contratuais, mas antes a correção de um desequilíbrio, pelo que, com CARNEIRO DA FRADA, se poderá afirmar que, mais do que uma: “[...] justiça comutativa, ela representa também, como se observou, uma forma de justiça corretiva⁸⁸”. Na opção entre o ressarcimento do interesse de cumprimento ou do da confiança não está meramente em causa um modo alternativo de cálculo *quantum* indemnizatório consentido pelo art. 798º do CCiv.. Está em causa um problema de fundamento da obrigação de indemnizar. Representando o contrato o ato de autonomia privada que ordena posições e interesses *inter partes*, o seu programa esgota-se ordinariamente nos deveres de prestar instituídos como normas de comportamento mediante as quais aquela ordenação se realiza. A prevenção do dano da confiança escapa assim a este conteúdo, visando repor o sujeito (por equivalente) no estado em que se encontrava anteriormente.

Em suma, afigura-se-nos justo que aquele que frustra a confiança criada na esfera jurídica do financiador, responda pela situação de confiança objetivamente criada. A tutela das expectativas do financiador operará por via indemnizatória, devendo compensar o desequilíbrio gerado pela frustração das mesmas.

⁸⁸ CARNEIRO DA FRADA, *Ob. Cit.*, pág. 733.

5. Posição adotada

A regra de conduta segundo a boa fé, com sede legal no art. 334º do CCiv., consubstancia uma verdadeira válvula de escape do nosso ordenamento jurídico. Da sua relativa indefinição normativa retiram-se, entre outras, duas consequências particularmente relevantes para o problema que nos ocupa. Por um lado, o facto de apresentar um conteúdo diversificado e aberto faz com que lhe sejam reconduzíveis uma série de condutas, distintas entre si, mas que cuja índole abusiva se revela atentatória deste postulado. Por outro, o facto de não compreender a estatuição de uma sanção para a sua violação, limitando-se a qualificar as condutas que a possam atingir de forma manifestamente ambígua, faz com que não exista um entendimento uniforme acerca dos termos em que ela possa ser solucionada.

O problema da invocação da omissão da forma legal imperativamente exigida para a celebração do contrato de crédito ao consumo convoca a necessidade de uma reflexão acerca destes dois pontos. Quer se entenda que dela resulte um excesso manifesto e clamorosamente chocante dos ditames da boa fé, ou porque nela radique um comportamento contraditório que implique a frustração de expectativas juridicamente tuteladas, ambas estas perspectivas podem ser-lhe, em última análise, reconduzíveis, embora advenham da mesma conduta. A opção por uma delas, ainda que radiquem numa índole comum, determinará a operacionalização da boa fé em sentidos completamente distintos.

Essa intervenção poderá operar a título preventivo ou a título corretivo e compensatório. A primeira, fundada na responsabilidade pela violação de adstrições decorrentes da boa fé, justifica-se quando, no exercício do direito de invocar a nulidade formal, o consumidor as exceda manifestamente, de modo a que venha a representar uma ofensa clamorosa do sentimento de justiça. Aqui, a intervenção materializa-se na preclusão do direito de invocar a nulidade formal: estaríamos pois, perante uma situação de inalegabilidade formal. Por sua vez, a segunda, decorrente da tutela da confiança, justifica-se no caso de existir uma situação de frustração de expectativas juridicamente tuteladas: neste caso, a referida intervenção concretiza-se no surgimento de uma pretensão indemnizatória na esfera jurídica do financiador no intuito de ressarcir as expectativas defraudadas por um *venire contra factum proprium* do consumidor.

Porém, a responsabilidade por violação desta vertente da boa fé não se traduz, em rigor, numa responsabilidade pela frustração das expectativas. Aquilo que se censura ao sujeito é apenas, propriamente, a criação ou a manutenção indevida de uma confiança alheia. Em sentido diametralmente oposto ao da adstrição a uma conduta destinada a corresponder-lhe o que a norma de comportamento infringida visa é precisamente evitar a confiança de outrem. A responsabilidade fundamenta-se aí ainda num imperativo de lisura e correção de conduta, não na defraudação das expectativas em si e por si só. Este reconhecimento tem consequências práticas extremamente relevantes, pois dele decorre

que o ressarcimento do prejuízo causado pela infração dos ditames da boa fé não cobre em princípio o dano traduzido na frustração das expectativas que não foram prevenidas. Não constituindo elas em si o objeto propriamente dito da proteção da ordem jurídica, a indenização devida só pode em coerência dirigir-se aos prejuízos que o confiante suportou por não ter sido poupado a uma expectativa infundada.

Esta opção importa a necessidade de averiguar da natureza da relação entre a boa fé e a confiança. Reportamo-nos ao que à argumentação suprarreferida para afirmar que que, a norma de conduta segundo a boa fé, tem um Âmbito preventivo, ao passo que a tutela da confiança tem uma eficácia corretiva. Desta asserção resulta, para a doutrina minoritária, a inerente autonomização da confiança da égide da boa fé. Contudo, apesar de ser indiscutível que nas exigências de probidade, lisura e correção de conduta que a boa fé traduz cabe a de não criar ou acalantar indevidamente expectativas em outrem, bem como prevenir a formação ou manutenção de representações falsas, temerárias ou infundadas em outrem (ou o respetivo risco), como afirma CARNEIRO DA FRADA⁸⁹, a regra de conduta segundo a boa fé: “[...] credibiliza a formação e perduração das expectativas. Promove ou assegura espaços de confiança, pois determina precaver o sujeito do que não deve ou não é curial esperar. Deste modo, circunda as várias situações de confiança, atuais ou potenciais, como rodem normativa envolvente das formas de coordenação de conduta entre sujeitos baseadas na confiança e propiciadora do seu êxito. Sem se confundir jamais com a sua específica proteção, constitui-lhe como que uma antecâmara ou um invólucro”.

Contudo, apesar desta dupla vertente de atuação, o problema da responsabilidade pela inobservância das exigências de forma legal imperativa na celebração do contrato de crédito ao consumo, designadamente, o da omissão da entrega pelo financiador ao consumidor de um exemplar do contrato assinado por ambas as partes no momento da respetiva celebração, tem sido maioritariamente colocado, do ponto de vista da prática jurisprudencial, no âmbito do primeiro tipo de intervenção.

Julgamos que não com total acerto, na medida em que não entendemos que a conduta do consumidor, ao invocar a nulidade do contrato de crédito ao consumo, não obstante ter vindo a cumpri-lo (ainda que invalidamente celebrado), não constitui justificação de uma situação de inalegabilidade formal, visto que não consubstancia um abuso do direito, pois que dela não advém um resultado que se afigure clamorosamente chocante e ofensivo tanto da boa fé como do sentimento gerado perfilhado pela comunidade, na medida em que o financiador não é de todo desconhecedor da existência do vício e, concomitante, da possibilidade da respetiva invocação. Não integrando uma situação de inalegabilidade formal, a invocação da nulidade procede.

Todavia, este resultado tem o óbice de revestir especial dureza para o financiador. Ora, sendo que o Direito não se contenta com uma qualquer solução para as questões que

⁸⁹ CARNEIRO DA FRADA, *Ob. Cit.*, pág. 466 e ss.

lhes são suscitadas, antes exige que as decisões sejam justas e adequadas às circunstâncias, cumpre equacionar a questão por outro prisma.

Sucedem que o cumprimento do contrato, por parte do consumidor, faz com que seja ao financiador plausível admitir que a respetiva invalidade não venha a ser por aquele supervenientemente invocada, sendo esta expectativa da não invocação enquadrada no âmbito da tutela da confiança em virtude do princípio da primazia da materialidade subjacente. É a frustração desta expectativa, porque encerra em si uma contraditoriedade entre uma conduta criadora de expectativas e outra defraudadora das mesmas, que justifica a minoração da dureza do regime de produção dos efeitos da nulidade do negócio, concretizada através do surgimento de uma pretensão indemnizatória que vise corrigir o desequilíbrio gerado pela frustração referida e compensar o dano da confiança.

Esta pretensão indemnizatória - como forma de compensar os prejuízos causados por uma conduta em si conforme com a ordem jurídica - evita que se contornem no seu resultado prático as exigências de forma, alcançando efeitos que, segundo o Direito, delas dependiam precisamente, sendo, no entanto, inquestionável que assegura a plena satisfação do financiador, cujo investimento de confiança foi atingido pela invocação da nulidade. No conjunto, salvaguardam-se portanto maximamente as regras jurídicas relativas à invalidade formal e à sua invocabilidade. Como assegura CARNEIRO DA FRADA, a intervenção da teoria da confiança do financiador cujas expectativas se viram frustradas pela invocação posterior da nulidade formal não afronta diretamente outras normas, traduzindo a resolução do problema das inalegabilidades formais por via da confiança, ao fim e ao cabo, neste caso em concreto, a supressão por virtude da simultânea intervenção de uma diretriz que faz igualmente parte da ordem jurídica, ainda que nela não se encontre expressamente positivada.

6. Índice bibliográfico

1. ABREU, JORGE COUTINHO DE, *Do Abuso de Direito*, Almedina, 1983;
2. ALACÃO, RUI DE, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983;
-*Forma dos negócios jurídicos*, BMJ n.º 86.
3. ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos – Funções, Circunstâncias Interpretativas*, Almedina, 2014;
-*Contratos I, Conceito/Fontes/Formação*, 4.º Ed., Almedina, 2008;
4. ARANTES, TITO, *Do abuso do Direito e da sua Repercussão em Portugal*, 1936;
5. ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2009;
6. ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Direito Civil/Teoria Geral*, Almedina, 2002;
-*Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé*, ROA, ano 60, II, 2000;
7. AZEVEDO, ÁLVARO VILLAÇA, *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*, Ed. Atlas (São Paulo), 2.º Ed, 2004;
8. CARVALHO, JORGE MORAIS, *Os Contratos de Consumo. Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina 2012;
9. CARVALHO, ORLANDO, *Teoria Geral do Direito Civil (Sumários)*, Coimbra, 1981 (Policopiado);
10. COELHO, Francisco Pereira, *O enriquecimento e o dano*, in
11. CORDEIRO, MENEZES, *Contrato-promessa – art. 410º, n.º 3; Abuso do direito; Inalegabilidade formal*, in ROA, ano 58 (1998);
-*Direito das Obrigações*, 1.º Vol., Almedina, 1980;
-*Tratado de Direito Civil*, Vol V., Almedina, 2011;
-*Da Boa Fé no Direito Civil*, I e II, Coimbra, 1984;
-*Do Abuso do Direito: Estado das questões e perspectivas*,
-*Do regime jurídico do crédito ao consumo*, in *Scientia Iuridica*, 2000;
-*Litigância de má fé, abuso do direito e culpa* in *agendo*, Almedina, 3.ª Ed., 2014;
12. COSTA, ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 8.ª Ed., Coimbra, 2000;
-*Responsabilidade Civil pela Rutura das Negociações Preparatórias de um Contrato*, Sep. RLJ, Coimbra 1994;
-*Noções Fundamentais de Direito Civil*, 5.º Ed., Almedina, 2009;
13. FERNANDES, LUÍS CARVALHO, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, Lisboa, 1993;
-*Teoria Geral do Direito Civil*, II, 2.ª Ed., Lisboa, 1996;
14. FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *Direito civil, responsabilidade civil, o método de caso*, Almedina, 2006;
-*Teoria da Confiança e Responsabilidade civil*, Teses Almedina, 2007;
15. GERALDES, JOÃO DE OLIVEIRA, *Expectativa Jurídica*, FDL, Policopiado, 2003;
16. GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os Vários Paradigmas do Enriquecimento Sem Causa*, Coleção Teses, Coimbra Ed., Porto, 1998;
17. GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA, *Assunção Fidejussória de Dívida/Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação do Fiador*, Coimbra, 2000;
18. GONÇALVES, CUNHA, *Abuso do Direito*, Reimpressão da edição de 1973, Almedina, 1997;

19. HÖRSTER, HEINRICH, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Coimbra, 1992;
20. JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*;
21. LEITÃO, Menezes, *O enriquecimento sem causa no Direito Civil*, Almedina, 1996;
 - Direito das Obrigações*, Vol. II, 5.^a Ed., Almedina, 2007;
 - O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil*, Lisboa, 1996;
22. MACHADO, BATISTA, *Tutela da confiança e venire contra factum proprium*, in “*Obra Dispersa*”, ano I, Braga, 1991;
 - A resolução por incumprimento e a indemnização*, in “*Obra Dispersa*”, Vol. I, Braga (1991)
 - Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983;
 - A Cláusula do Razoável*, *Obra Dispersa*, I, Braga, 1991;
23. MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Do Direito do Consumo ao Código do Consumo*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 1, Coimbra, 1999;
24. MORAIS, FERNANRDO GRAVATO, *Contratos de crédito ao consumo*, Almedina, 2007;
 - Obrigações de indemnização*, in *BMJ*, Ano 84 (1959);
 - Requisitos da responsabilidade civil*, in *BMJ*, Ano 92 (1960);
25. NEVES, CASTANHEITA, *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*, I, “*A Crise*”, Coimbra, 1967;
26. PENHA-GONÇALVES, AGUSUTO DE, *O Abuso do Direito*, CEJ;
27. PINTO, MOTA, *Teoria Geral do Direito civil*, 4.^a Ed., Coimbra Ed., 2005;
 - Nulidade do Contrato de Compra e Venda e Responsabilidade por Culpa na Formação dos Contratos*, *RDES* 17 (1970);
28. PINTO, MOTA PAULO, *A Teoria do Interesse Negativo e do Interesse Positivo*,
29. SÁ, FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE, *Abuso do Direito*, Almedina, (Reimpressão da edição de 1973), 1997;
30. SERRA, ADRIANO PAIS DA SILVA VAZ, *Fundamentos da Responsabilidade Civil*, in *BMJ*, ano 90 (1959);
 - Forma dos Negócios Jurídicos*, in *BMJ*, ;
 - Fundamento da Responsabilidade Civil (Em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas)*, *BMJ*
 - Abuso do Direito (Em matéria de responsabilidade civil)*, *BMJ* n.º 85, 266;
31. SOARES, RENATA, *A boa fé objetiva e o inadimplemento do contrato*, Ed. Ltr, São Paulo (2011);
32. SOUSA, MARCELO REBELO DE, *Responsabilidade pré-contratual - Vertentes Privatística e Publicística*, *O Direito*, ano 125 (1995);
33. SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I;
34. SOUSA, RENATA, *A Boa Fé Objetiva e o Inadimplemento do Contrato*, Ed. Ltr, São Paulo, 2011;
35. TELLES, INOCÊNCIA GALVÃO, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.^a Ed. (Reimpressão), Coimbra Ed., 2010;
 - Culpa na Formação do Contrato*, *O Direito*, 125 (1993);
36. VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Contratos atípicos*, Teses Almedina, 1995;

- Superação Judicial da Invalidez Formal no Negócio Jurídico de Direito Privado*, in Estudo de Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço;
 - Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 4.º Ed., Almedina, 2007;
 - Contratos Atípicos*, 2.ª Ed., Teses Almedina, 2009;
37. VAZ, TERESA ANSELMO, *Alguns aspetos do contrato de compra e venda a prestações e contratos análogos*, Coimbra Ed., 1993.