

O dolo nos contratos: um estudo comparativo entre o direito português, o direito inglês e o DCFR

Carla Valério

Doutoranda em Direito e Professora Convidada, NOVA School of Law, Lisboa
<https://orcid.org/0000-0003-3358-4877>

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Direito português
 - 2.1. Nota histórica
 - 2.2. Direito aplicável
 - 2.3. Noção e delimitação da figura
 - 2.4. Requisitos
 - 2.5. Modalidades
 - 2.6. Efeitos do dolo
 - 2.7. Regimes complementares
3. Direito inglês
 - 3.1. Nota histórica
 - 3.2. Direito aplicável
 - 3.3. Noção e delimitação da figura
 - 3.4. Requisitos e modalidades
 - 3.5. Efeitos
 - 3.6. Regimes afins
4. *Draft Common Frame of Reference* – DCFR
 - 4.1. Direito aplicável
 - 4.2. Noção e delimitação da figura
 - 4.3. Requisitos e modalidades
 - 4.4. Efeitos
5. Conclusões
- Bibliografia

1. Introdução¹

O presente artigo versa sobre a comparação do regime jurídico aplicável aos contratos feridos e fundados em erro que tenha sido provocado por práticas decetivas, da contraparte ou de terceiro, com o propósito de induzir à emissão de uma declaração negocial.

É um exercício de microcomparação, em que os institutos jurídicos objeto de análise comparativa são o regime do dolo ilícito como vício da vontade da declaração negocial no ordenamento jurídico português, o regime da *fraudulent misrepresentation* no direito inglês e o regime da *fraud* nos contratos do *Draft Common Frame of Reference*, doravante DCFR².

2. Direito português

2.1. Nota histórica

No sistema jurídico românico, a relevância desta conduta remonta à figura do *dolus malus*, criada e desenvolvida no direito romano³. É juridicamente relevante, desde o antigo *ius civile*, nos ditos de Labeo⁴, toda a malícia, falácia, maquinação utilizada para se valer da ignorância de outro, enganá-lo ou defraudá-lo. O *dolus malus* compreendia dois momentos: o conhecimento da atividade fraudulenta (*scientia arque prudentia*) e a decisão ou propósito de realizar essa atividade (*propositum atque consilium*).

A viciação dos negócios jurídicos por dolo não tinha como efeito a sua invalidade, mas conferiam, por via da honorária, a *exceptio doli*, que possibilitava por via de exceção deter o negócio jurídico inquinado, e a *actio doli*, que dava origem a um ressarcimento, caso o contrato tivesse já sido executado⁵.

1 Lista de abreviaturas:
CC – Código Civil
DCFR – *Draft Common Frame of Reference*
PECL – *Principles of European Contract Law*
TR – Tribunal da Relação
STJ – Supremo Tribunal de Justiça

2 Sobre a correspondência do *dol* ou dolo nos sistemas romanísticos e a *fraudulent misrepresentation* no direito inglês, v. ZWIEGERT & KÖTZ (1998), p. 424.

3 MENEZES CORDEIRO (2014), pp. 871-872.

4 LABEO *apud* SANTOS JUSTO (2000), pp. 213-214.

5 MENEZES CORDEIRO (2014), p. 872.

2.2. Direito aplicável

O regime do dolo encontra-se no capítulo do CC dedicado ao negócio jurídico, na secção da declaração negocial, subsecção relativa à falta e vícios da vontade, mantendo-se inalterado desde a redação original do CC, pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro.

Inspirado no direito alemão, o CC português organiza as relações jurídicas privadas centradas na figura do negócio jurídico, como categoria generalizadora e unificadora dos institutos do contrato e do negócio jurídico unilateral. Em consequência, o regime dos contratos encontra-se, por um lado, intrincado com o regime do negócio jurídico unilateral, mas por outro encontra-se disperso. No que toca à sua forma, formação, interpretação e vícios, as normas aplicáveis aos contratos encontram-se na teoria do negócio jurídico, mas relativamente ao cumprimento, incumprimento, cessão da posição contratual, contratos a favor de terceiro e para pessoa a nomear, encontram-se na teoria das obrigações⁶.

Assim, embora no direito português o regime do dolo seja aplicável aos negócios jurídicos em geral, por motivos de correspondência comparativa delimita-se o presente estudo ao dolo nos contratos.

A declaração de vontade⁷ consubstancia a conduta do sujeito que, através dela, pretende a produção de certos efeitos jurídicos, tal como lhe é garantido pela sua autonomia contratual e dentro dos limites da lei. O conteúdo da declaração de vontade, tal como é exteriormente observada, corresponde normalmente à vontade do declarante. Quando tal correspondência não ocorre, surgem a falta ou vícios da vontade, a subsecção onde o regime do dolo está integrado.

MOTA PINTO define os vícios da vontade como «perturbações do processo formativo da vontade, operando de tal modo que esta, embora concorde com a declaração, é determinada por motivos anómalos e valorados pelo direito como ilegítimos. A vontade não se formou de modo julgado normal e são»⁸. No caso concreto do dolo, a declaração de vontade emanada pelo declarante foi influenciada por sugestões, artifícios ou omissões ilícitas de informações, pelo declaratório ou por terceiro. Consubstancia, assim, uma «espécie agravada de erro»⁹ que não é espontâneo, mas sim provocado¹⁰.

6 FERREIRA DE ALMEIDA (2005), pp. 15-26.

7 Sobre a desconstrução da ideia de vontade e em crítica às teses voluntaristas sobre a formação do negócio jurídico, v. FERREIRA DE ALMEIDA (2017), pp. 85 e ss.

8 MOTA PINTO (1999), pp. 500-501.

9 MENEZES CORDEIRO (2014), p. 872.

10 VASCONCELOS (2010), p. 674.

O regime geral dos efeitos dos vícios da vontade é o da anulabilidade. Este regime tem a sua razão de ser no «cariz interprivado da questão do vício da vontade», podendo a parte cuja vontade negocial esteja viciada manter o negócio jurídico¹¹.

2.3. Noção e delimitação da figura

A noção de dolo consta do número 1 do artigo 253.º do CC, referindo-se a qualquer «*sugestão* ou *artifício* que alguém empregue com a *intenção* ou *consciência* de *induzir* ou *manter* em erro o autor da declaração, bem como a *dissimulação*, pelo declaratário ou terceiro, do erro do declarante».

Com esta noção, pertencente ao domínio da formação dos contratos e de outros negócios jurídicos, o termo «dolo» surge na veste de aspeto «*objetivo e exterior da conduta*», uma sugestão ou artifício que visa como resultado ilícito específico induzir ou manter outrem em erro¹². Distingue-se do sentido em que é utilizado no artigo 483.º, onde corresponde à modalidade mais grave da culpa.

O número 2 do artigo 253.º delimita negativamente o dolo ilícito, esclarecendo que não se encontram abrangidas por tal conceito as «sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico, nem a dissimulação do erro, quando nenhum dever de elucidar o declarante resulte da lei, de estipulação negocial ou daquelas concepções» (artigo 253.º, n.º 2).

A definição constante do número 1 refere-se ao dolo ilícito – o *dolus malus* –, e a do número 2 ao *dolus bonus*. Ao recorrer a um regime diferenciado para o *dolus bonus*, o legislador decidiu tolerar a astúcia que seja usual e considerada legítima em certo sector negocial¹³. De acordo com a jurisprudência portuguesa, estão abrangidos por este conceito os «elogios ou enaltecimentos que facilitem, para o vendedor, a realização do negócio jurídico, sem falsidade relevante sobre a qualidade do seu produto e sem a ganância própria de habilidoso»¹⁴. Nas relações entre comerciantes, considera-se que o *deceptus* não está dispensado do espírito crítico, do estudo do mercado e da recolha de informação e de elementos, mesmo fora da relação comercial, quando está em causa uma relação negocial duradoura que implica, da sua parte, um avultado investimento tendo em vista a obtenção de lucros.

11 VASCONCELOS (2010), pp. 658-659.

12 GALVÃO TELLES (2010), p. 108.

13 MOTA PINTO (1999), p. 520.

14 Acórdão do TR de Guimarães, de 23.04.2015 (Filipe Carço), in www.dgsi.pt.

2.4. Requisitos

A relevância jurídica do dolo é limitada ao dolo ilícito, ou seja, ao *dolus malus*. Os respetivos requisitos legais podem encontrar-se no número 1 do artigo 253.º e no artigo 254.º do CC.

O artigo 253.º, n.º 1, determina que é dolo «qualquer sugestão ou artifício que alguém empregue com a intenção ou consciência de induzir ou manter em erro o autor da declaração, bem como a dissimulação, pelo declaratário ou terceiro, do erro do declarante». Em comentário a este artigo, PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA¹⁵ apontam como requisitos para a existência do dolo juridicamente relevante:

- a) Que o declarante esteja em erro;
- b) Que o erro tenha sido provocado ou dissimulado pelo declaratário ou por terceiro;
- c) Que o declaratário ou terceiro (deceptor) haja recorrido, para o efeito, a qualquer artifício, sugestão ou embuste.

O conceito de *dolus malus* no ordenamento português exige que, em termos subjetivos, o declaratário tenha tido a intenção ou a consciência de enganar, o que se confirma pela exigência do emprego de certos meios decetivos e contrários à boa fé: sugestão ou artifício, em caso de dolo positivo, ou dissimulação do erro do declarante, em caso de dolo negativo. Por conseguinte, o erro do declarante provocado por negligência do declaratário – ou seja, sem a intenção ou consciência de enganar – não tem correspondência no conceito de dolo, não lhe sendo aplicável este regime¹⁶.

Prossegue o n.º 1 do artigo 254.º com a previsão de que «o declarante cuja vontade tenha sido determinada por dolo pode anular a declaração», interpretando-se que o efeito da anulabilidade depende de que a vontade expressa na declaração negocial se tenha formado em consequência do erro provocado pelo declaratário e de que a existência da declaração negocial tenha decorrido da adulteração da vontade do declaratário.

Pode considerar-se pacífica entre a doutrina e a jurisprudência portuguesa a indispensabilidade destes dois requisitos, sendo a sua cumulação comumente apelada de «dupla causalidade». Nas palavras dos juizes da Relação de Lisboa, «para que o dolo constitua fundamento de anulabilidade do negócio

15 PIRES DE LIMA & ANTUNES VARELA (1987), p. 237.

16 Neste sentido, v. FERREIRA DE ALMEIDA (2017), pp. 139-140, defendendo que ao erro provocado por negligência do declaratário é aplicável o regime do erro simples, previsto nos artigos 251.º e 252.º; e MOTA PINTO (1999), pp. 518-519. Defendendo a relevância da indução negligente em erro e aplicando-lhe o regime do dolo analogicamente, v. SILVA (2010).

jurídico (...) é preciso que o dolo seja determinante do erro, e o erro determinante do negócio jurídico»¹⁷. Ou seja, aquele que comete dolo sabe e quer que o *deceptus* emita uma declaração negocial que, de outra forma, sem a sua intervenção, não emitiria.

Não é, contudo, pacífico, o entendimento sobre o alcance preciso do segundo requisito, a saber, que o erro é «determinante do negócio jurídico». Parte da doutrina entende-o como uma exigência legal da *essencialidade* do erro: o erro só é fundamento de anulação se tiver sido motivo *essencial* para a celebração do contrato¹⁸, independentemente do elemento sobre o qual recaia¹⁹, ao passo que o outro segmento da doutrina apenas exige que o erro seja *determinante* da vontade²⁰.

Ao dolo principal, ou seja, o que foi causa da celebração do contrato, a doutrina costuma contrapor o dolo incidental, i.e., aquele que não fundou a decisão de contratar, tendo apenas influenciado certos termos do contrato, pelo que o declarante sempre contrataria, embora noutros termos que lhe fossem mais favoráveis. O dolo incidental não é cominado (necessariamente) com a anulação do contrato²¹. Como refere VASCONCELOS, «se se concluir que o declarante não deixaria de celebrar o negócio ainda que soubesse do erro, não haverá então razão para proceder à sua anulação, porque o processo decisório e volitivo não foi verdadeiramente perturbado»²². Desta forma, ao dolo incidental é aplicável o regime do erro incidental – o contrato é válido, mas nos termos em que teria sido concluído sem o erro. Se tiver influenciado certos termos do contrato,

17 Acórdão do TR de Lisboa, de 22.11.2012 (Tomé Ramião), in www.dgsi.pt.

18 V. PITA em PRATA (2017), p. 307, que em comentário ao artigo 254.º refere que o erro «deve ter sido a causa do negócio»; HÖRSTER (2012), p. 584, ao mencionar que «só é relevante, para efeitos de anulação, o dolo (:) que realmente a tivesse determinado [a vontade], ou seja, desde que tivesse sido o elemento causal»; GALVÃO TELLES (2010), pp. 110-112, defendendo que «o erro derivado de dolo tem de ser um erro essencial (:) só será relevante se *viciar* a vontade, e só a viciará se induzir o sujeito a fazer um negócio que doutro modo não faria, ou não faria nos mesmos termos»; «exige-se que a falsa representação da realidade se apresente como essencial, *absoluta ou relativamente*»; MOTA PINTO (1999), p. 520, não distingue dolo essencial de determinante, mas esclarece que o *deceptus* foi induzido pelo dolo a concluir o negócio em si mesmo e não apenas nos termos em que foi concluído – sem dolo, não se teria celebrado o contrato.

19 Neste sentido, v. FERREIRA DE ALMEIDA (2005), p. 201, e (2017), p. 140, defendendo que está geralmente em causa um erro sobre os motivos mas pode ser erro na declaração, se consistir em induzir em erro sobre o significado desta.

20 V. MENEZES CORDEIRO (2014), p. 874, defendendo que o erro deve ter sido determinante da vontade, mas «não tem de ser essencial pois bastará que, por qualquer razão (mesmo periférica) tenha dado lugar à vontade».

21 V. MOTA PINTO (1999), pp. 520-521, posição seguida pela jurisprudência – V. Acórdão do STJ, de 19.06.2019 (Ilídio Sacarrão Martins), e Acórdão do TR do Porto, de 04.05.1982 (Joaquim Gonçalves), in www.dgsi.pt.

22 VASCONCELOS (2010), p. 475.

a invalidade afeta apenas a parte viciada, operando a sua redução nos termos do artigo 292.º Poderá, contudo, levar à anulação do contrato, se o interessado na anulação provar que não os teria acolhido ou que o negócio não teria sido concluído sem a parte viciada²³.

2.5. Modalidades

A conduta ilícita pode consubstanciar uma ação – a utilização de uma sugestão ou artifício – ou uma omissão – a dissimulação do erro do declarante. O erro do declarante pode ser consequência do comportamento do declaratório, ou ter surgido espontânea ou externamente ao contexto negocial e pré-contratual. Não tendo surgido como consequência do comportamento do declaratório, a sua conduta dolosa pode consubstanciar uma conduta positiva de manutenção em erro, nomeadamente através de palavras ou atos, ou uma conduta negativa, escolhendo não desfazer o erro²⁴. Se o comportamento for omissivo, só existe dolo ilícito se a outra parte tinha o dever de elucidar por força da lei, estipulação negocial ou das concepções dominantes no comércio jurídico, conforme previsto na segunda parte do número 2 do artigo 253.º

O dolo pode ser unilateral ou bilateral. É bilateral quando ambas as partes promovem práticas decetivas com o intuito de se enganarem mutuamente, sendo simultaneamente declarantes e declaratórios. O dolo bilateral não exclui a invalidade da declaração negocial, visto que o fundamento da anulabilidade por dolo é a viciação da vontade²⁵. Ficam assim ambas as partes sujeitas às consequências jurídicas deste regime, nos termos da 2.ª parte do n.º 1 do artigo 254.º

O dolo pode provir do declaratório, ou seja, da contraparte no negócio jurídico, ou de terceiro. Existe dolo de terceiro quando as práticas decetivas são promovidas por um sujeito externo à relação contratual, e o seu regime encontra-se previsto no número 2 do artigo 254.º A relevância jurídica desta modalidade de dolo carece de um requisito suplementar face à do dolo do declaratório²⁶: o conhecimento efetivo ou cognoscibilidade do dolo pelo declaratório (artigo 254.º, n.º 2, 1.ª parte). Assim, só se verifica o dolo de terceiro quando o declaratório tiver sido cúmplice e conhecesse ou devesse conhecer a conduta dolosa

23 V. Acórdão do TR de Coimbra, de 15.10.2010 (Gonçalves Ferreira), in www.dgsi.pt.

24 Considerando que o dolo omissivo é um comportamento particularmente desleal, v. HÖRSTER (2012), p. 583.

25 MOTA PINTO (1999), p. 522.

26 MOTA PINTO (1999), p. 520.

do terceiro²⁷. Se o declaratório não tiver conhecimento do dolo de terceiro, as práticas decetivas de sujeito estranho à relação jurídica contratual não a afetam, sendo esta modalidade de dolo irrelevante.

2.6. Efeitos do dolo

O dolo, enquanto vício da formação do contrato, tem por efeito a anulabilidade do contrato ao abrigo do artigo 253.º e fundamenta, enquanto conduta ilícita, responsabilidade civil pré-contratual nos termos do artigo 227.º

Estes efeitos podem ser reclamados alternativa ou cumulativamente. O direito de anulação deve ser considerado um direito potestativo e o seu não exercício não preclui o direito à indemnização, sendo direitos independentes.

Os efeitos do dolo ilícito parecem não poder ser afastados por estipulação contratual, por não se encontrarem na livre disponibilidade das partes.

O regime das cláusulas de exclusão da responsabilidade contratual consta do artigo 809.º do CC, que determina a nulidade da cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente aos direitos que a lei confere em caso de não cumprimento ou mora do devedor. Ficam excecionados da sanção de nulidade as cláusulas que convençionem a exclusão ou limitação da responsabilidade, por acordo prévio dos interessados, «desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública» (art. 800.º, n.º 2).

Apesar de este regime apenas contemplar em termos literais a responsabilidade contratual, o direito português parece não poder admitir a exclusão da responsabilidade pré-contratual, por dolo, através de cláusulas contratuais. Para esta conclusão, dois fundamentos se impõem.

Em primeiro lugar, a indisponibilidade privada da sanção do dolo: o dolo é considerado impeditivo da validade de cláusulas de irresponsabilidade, em consequência da gravidade da infração que a conduta dolosa consubstancia²⁸. Não podendo certa cláusula de exclusão da responsabilidade cobrir situações de não cumprimento doloso, a parte interessada na exclusão da responsabilidade terá sempre de provar que os danos sofridos não ultrapassam os limites da negligência²⁹. Se o dolo, enquanto vício da formação do contrato, apenas

27 Considera a jurisprudência que este dolo de terceiro se reconduz, na prática, ao dolo do próprio declaratório: cf. Acórdão do TR de Coimbra, de 15.06.2010 (Gonçalves Ferreira), in www.dgsi.pt.

28 PRATA (1985), p. 287, embora como argumento para a inadmissibilidade das cláusulas de exclusão da responsabilidade contratual.

29 PINTO MONTEIRO (2003), p. 440.

abrange condutas intencionais, não poderia ser a respetiva responsabilidade civil (pré-contratual) excluída por via de contrato. Como refere PRATA, não é possível «reservar-se o direito de atuar dolosamente», sendo reconhecido que esta reserva de dolo futuro (por incumprimento contratual) consubstancia em si própria dolo objetivo, no sentido do artigo 253.^o³⁰ O dolo, como «viciador originário», convoca o princípio *fraus omnia corrumpit*³¹, sendo inadmissível a cláusula que o torne inconsequente.

Por outro lado, haverá sempre tal cláusula de se encontrar limitada pelo artigo 280.^o, que comina com a nulidade as cláusulas que violem disposições de ordem pública³². Embora o conceito de ordem pública seja «sensível ao sistema jurídico», «mutável tendo em conta o contexto», e deva ser «feita em concreto, tendo em conta todos os elementos do contrato em questão», através de uma «análise de compatibilização de um contrato ou cláusula contratual com um princípio fundamental do ordenamento jurídico»³³. Em referência ao Acórdão do STJ, de 06.05.2010³⁴, e citado por MORAIS CARVALHO, «a condição aposta num contrato a inibir os cedentes de moverem qualquer processo judicial contra a adquirente, desde que alheio ao cumprimento ou incumprimento das obrigações assumidas no contrato, e assim defenderem judicialmente os seus direitos ou interesses legítimos (...) limita incontestável e incondicionalmente o princípio constitucional da garantia de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, plasmado no artigo 20.^o da Constituição da República»³⁵.

Nesta senda, conclui-se que é nula a cláusula que exclua a responsabilidade por dolo na formação do contrato. Consequentemente, opera a redução do contrato nos termos do artigo 292.^o do CC, salvo se for demonstrado que o contrato não teria sido concluído sem a parte viciada³⁶.

2.6.1. Anulabilidade

O contrato inquinado de dolo é anulável, nos termos do artigo 254.^o, n.^o 1, do CC.

A anulabilidade é uma das modalidades de invalidade do negócio previstas no direito português. O seu regime, a par do da nulidade, está previsto na

30 PRATA (1985), p. 288.

31 PRATA (1985), p. 288.

32 Defendendo que os motivos de ordem pública são dos poucos fundamentos de inadmissibilidade das cláusulas exoneratórias, v. MOTA PINTO (1999), p. 595.

33 MORAIS CARVALHO (2016), pp. 93-95.

34 Cf. Acórdão do STJ, de 06.05.2010 (Alberto Sobrinho), in www.dgsi.pt.

35 MORAIS CARVALHO (2016), p. 90.

36 PINTO MONTEIRO (2003), pp. 442-443.

secção III do capítulo referente ao negócio jurídico, designadamente nos artigos 285.º e seguintes do CC. O regime previsto nesta secção é supletivo, podendo ser afastado por regime especial nos termos das regras gerais do direito e expressamente previsto no artigo 285.º

O negócio anulável é um negócio válido, enquanto não for anulado judicialmente, produzindo efeitos jurídicos durante tal período³⁷.

A legitimidade para arguição da anulabilidade é conferida às pessoas em cujo interesse a lei a estabelece, nos termos da primeira parte do artigo 287.º, n.º 1, do CC. Distingue-se assim do regime da nulidade, que pode ser invocada por qualquer pessoa que tenha interesse na anulação. No que respeita ao regime do dolo, a anulabilidade pode ser invocada pelo *deceptus*, que é a pessoa em cujo interesse a lei estabelece esta consequência, tal como expressamente determinado pelo artigo 254.º do CC: «O declarante cuja vontade tenha sido determinada por dolo pode anular a declaração», e sem prejuízo de aquele que seja simultaneamente *deceptus* e *deceptor* poder fazê-lo igualmente.

O artigo 287.º determina que a anulabilidade pode ser arguida no prazo de um ano a partir da cessação do vício que lhe serve de fundamento ou, caso o negócio ainda não esteja cumprido, sem dependência de prazo, tanto por via de ação como por via de exceção. A anulação do negócio será sempre declarada pelo tribunal, não se afigurando possível a anulação extrajudicial do contrato, através de mera declaração à contraparte.

Este regime não obsta a que haja confirmação da declaração negocial, saindo-se desta forma o vício da anulabilidade ao abrigo do artigo 288.º do CC. A confirmação pode ser feita pela pessoa que tenha legitimidade para arguir a anulabilidade, mas só é eficaz após a cessação do vício que lhe serve de fundamento e se o autor tiver conhecimento tanto do vício como do direito à anulação (cf. artigo 288.º, n.º 2, 2.ª parte). Neste sentido, apenas quando cessa o dolo e o *deceptus* dele tenha consciência, bem como do direito de anular o negócio que lhe assiste, pode a sua declaração negocial ser confirmada (ou a confirmação produzir efeitos). A confirmação pode ser expressa ou tácita, não dependendo de forma especial (art. 288.º, n.º 3), e tem eficácia retroativa, tanto em relação às partes como em relação a terceiros (art. 288.º, n.º 4).

Prevê o artigo 289.º que a anulação do negócio tem efeito retroativo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente.

37 PIRES DE LIMA & ANTUNES VARELA (1987), p. 263.

A lei prevê um regime especial quando o terceiro adquira benefícios em consequência da sua conduta dolosa. Caso o declaratório não tenha conhecimento nem devesse ter conhecimento do dolo do terceiro, o negócio só é afetado se a este adveio diretamente algum direito. A obtenção de benefícios em resultado do dolo de terceiro tem como consequência jurídica a anulabilidade do negócio em *relação ao beneficiário* (artigo 254.º, n.º 2, 2.ª parte), ainda que não o seja face ao declaratório. Entende a jurisprudência que procede, assim, uma anulabilidade parcial³⁸, apenas atingindo a parte do negócio em relação ao beneficiário do direito adquirido como consequência do dolo. Desta forma, se no contrato existir alguma cláusula a favor de terceiro, a anulabilidade é limitada a essa cláusula.

2.6.2. Responsabilidade civil pré-contratual

A anulação do contrato por dolo é cumulável com a indemnização pelos danos causados, por responsabilidade pré-contratual do autor do dolo, nos termos do artigo 227.º do CC. Esta é a posição da doutrina maioritária e da jurisprudência³⁹.

A responsabilidade civil pré-contratual tem por objetivo «tutelar a confiança do sujeito na correção, na honestidade, na lisura e na lealdade do comportamento da outra parte, quando tal confiança se reporte a uma conduta juridicamente relevante e capaz de provocar-lhe danos»⁴⁰. Tem aqui pleno cabimento o ressarcimento dos danos causados em virtude do dolo na formação do contrato.

Os requisitos da responsabilidade pré-contratual são comuns aos da responsabilidade civil, ou seja, a ilicitude – reportada especificamente à violação das regras da boa fé –, a culpa, o dano e o nexo de causalidade.

Para que o dolo releve para os efeitos do artigo 254.º do CC, a lei não exige qualquer requisito de intencionalidade de provocar prejuízos ao declarante⁴¹, mas a ocorrência de dano em consequência do dolo é um dos pressupostos da

38 Cf. Acórdão do TR de Guimarães, de 24.01.2008 (Espinheira Baltar), in www.dgsi.pt.

39 Cf. CORDEIRO (2014), p. 873, PIRES DE LIMA & ANTUNES VARELA (1987), pp. 215-216, MOTA PINTO (2008), p. 1391.

40 PRATA (2005), p. 25.

41 Neste sentido, FERREIRA DE ALMEIDA (2017), p. 139, e HÖRSTER (2012), p. 584. MOTA PINTO (1999), p. 520, distingue o dolo inocente do dolo fraudulento, tendo como critério o intuito de prejudicar, sendo os efeitos de qualquer uma destas modalidades idênticos.

responsabilidade civil pré-contratual. É ainda pressuposto do dever de indemnizar o nexo de causalidade entre o dano e o facto, i.e., a indução à conclusão do contrato contrária às regras da boa fé.

A reparação dos danos causados consiste na reconstituição da situação que existira se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação (art. 576.º), computando-se o dano na medida da diferença entre a situação patrimonial atual do lesado e a situação que existiria se o dano não tivesse ocorrido.

Referem os juizes do STJ que «à anulabilidade do negócio jurídico, acresce a responsabilidade pré-negocial do autor do dolo (artigo 227.º do C. Civil). Trata-se de uma responsabilidade pelo interesse contratual negativo, correspondente ao dano de confiança. O enganado tem direito a ser indemnizado pelos danos que não teria sofrido se não tivesse confiado. Tem assim o direito de repristinação da situação anterior ao negócio e à cobertura dos danos que sofreu por ter confiado no negócio e que não teria sofrido sem essa confiança»⁴². A indemnização por danos correspondentes ao interesse contratual negativo é a que corresponde tipicamente à solução da cumulação da anulação do contrato com a indemnização, visto que «o próprio lesado excluiu a subsistência do contrato, preferindo reconstituir a situação tal como estaria se nenhum contrato tivesse sido celebrado»⁴³.

O ressarcimento do dano contratual negativo abrange tanto os danos emergentes como os lucros cessantes, incluindo de outras possibilidades negociais que em concreto existam, em particular as que tenham sido rejeitadas⁴⁴. Alguma doutrina entende que esta indemnização, destinada a cobrir o interesse negocial negativo, não pode exceder o limite do interesse contratual positivo, ou seja, «o benefício que a conclusão do contrato traria à parte prejudicada»⁴⁵.

O *deceptus* tem ainda a possibilidade de manter a validade e vigência do contrato e exigir igualmente indemnização pelos danos causados. Contudo, em vez do carácter complementar à anulação – em que o dano é reduzido pelas obrigações de restituição –, o direito à indemnização teria, neste caso, carácter substitutivo, devendo ressarcir a totalidade do dano.

Para além do dolo ilícito previsto, também outras modalidades podem gerar responsabilidade civil pré-contratual. PRATA defende que tanto o dolo incidental que dá origem a uma invalidade parcial⁴⁶, como o *dolus bonus* que não afeta a

42 Acórdão do STJ, de 26.06.2001 (Pinto Monteiro), in www.dgsi.pt.

43 FERREIRA DE ALMEIDA (2005), p. 215.

44 FERREIRA DE ALMEIDA (2005); MOTA PINTO (2008).

45 VARELA (2003), p. 271. Em sentido contrário, considerando que não há lugar a qualquer limitação por evento lesivo, v. MOTA PINTO (2008), p. 1057.

46 PRATA (2005), p. 114.

validade do contrato⁴⁷, podem ser considerados ilícitos pré-contratuais e serem fundamento de responsabilidade civil pré-contratual nos termos do artigo 227.º. Escreve a autora que a «completa independência entre o direito de indemnização e o direito de anulação do negócio, e a diversidade de ratio e valores implicados por cada um dos regimes»⁴⁸ fundamentam a dissociação dos referidos regimes, que podem ter um âmbito de aplicação diferente.

Como nota final, importa ainda referir que, apesar de o dolo ser tipicamente subsumível a um comportamento contrário às regras da boa fé durante os preliminares e a formação do contrato, e por isso, gerador de responsabilidade civil pré-contratual, pode haver lugar a responsabilidade extracontratual nos termos do artigo 483.º por «violação da liberdade de decisão jurídico-negocial», ou seja, um «direito de outrem». Esta via de ressarcimento pode ser particularmente útil em caso de dolo de terceiro que de outra forma não poderia ser responsabilizado⁴⁹.

2.7. Regimes complementares

Faltando algum requisito para que o contrato seja anulável por dolo, pode o mesmo ser anulável por erro.

Contudo, nem sempre será possível, pois a lei reclama condições de relevância do erro mais exigentes do que as do regime do dolo pela necessidade de ponderação dos interesses do declaratório. Esta necessidade não existe no dolo por o declaratório ter sido autor do comportamento ilícito que causou o vício da vontade do declarante – foi um erro provocado –, ao passo que o regime do erro abrange os erros espontâneos.

Se o regime do dolo exige que este tenha sido determinante ou essencial para a celebração do contrato, os regimes do erro na declaração (artigo 247.º) e do erro sobre a pessoa ou sobre o objeto (artigo 247.º, por remissão do artigo 251.º) impõem que o erro recaia sobre um elemento essencial do contrato e que o declaratório conheça ou devesse conhecer a essencialidade do elemento sobre o qual incidiu o erro. Por sua vez, o regime do erro sobre os motivos que não se refira à pessoa do declaratório nem ao objeto do negócio requer a formalidade do reconhecimento, por acordo, da essencialidade do motivo para a celebração por contrato (cf. artigo 252.º).

Por outro lado, os efeitos do regime do erro não são tão vantajosos para o declarante com legitimidade para a anulação do contrato. Conforme foi referido,

47 PRATA (2005), p. 118.

48 PRATA (2005), p. 119.

49 V. MOTA PINTO (2008), pp. 1368-1369, e GALVÃO TELLES (2010), pp. 107 e ss.

o dolo gera responsabilidade pré-contratual cumulável com a anulabilidade do negócio, ao passo que o erro simples não permitirá, em princípio, tal via de ressarcimento por não existir qualquer comportamento ilícito.

3. Direito inglês

3.1. Nota histórica

No direito inglês, as primeiras manifestações da relevância de uma conduta fraudulenta na formação de um contrato surgem na época medieval, com os *tresspass writs*. Estes mecanismos de reação tinham como objetivo o ressarcimento de danos sofridos em consequência de uma conduta ilícita (*wrongdoing*). Na circunstância particular do engano ou embuste (*deceit*) nos contratos, o primeiro *writ* surge em 1382 contra o vendedor de um cavalo cego que descreveu o cavalo como «*sound in eye and limb*»⁵⁰.

As ações com fundamento em *deceit* tinham como pressuposto que uma garantia (*warranty*), nomeadamente acerca das características do objeto, havia sido feita, caso contrário a regra era *caveat emptor*⁵¹. A partir do século XVII, as garantias (*warranties*) começaram a ser tuteladas no âmbito contratual e a responsabilidade pelo ilícito do engano (*tort of deceit*) passou a tutelar exclusivamente as falsas representações da realidade (*misrepresentations*) de carácter fraudulento.

3.2. Direito aplicável

As principais fontes de direito no ordenamento jurídico inglês são a lei e a jurisprudência. Embora as fontes legislativas tenham prevalência hierárquica sobre as fontes não legislativas, a jurisprudência continua a ser a principal fonte de direito, assentando em séculos de desenvolvimento e consolidação de um extenso acervo de decisões judiciais que, com base na regra do precedente, criam e manifestam o direito aplicável⁵². Assim, sem prejuízo do papel da jurisprudência na interpretação e aplicação da lei, o seu espaço para criação de direito encontra-se limitado quanto ao que não estiver regulado por atos legislativos.

50 BAKER (2019), p. 352.

51 BAKER (2019), p. 353.

52 FERREIRA DE ALMEIDA & MORAIS CARVALHO (2016), pp. 87–96, CARTWRIGHT (2007), pp. 1–17.

O regime das *misrepresentations* encontra-se tanto no *common law* como na lei (*statute*), nomeadamente no *Misrepresentation Act 1967*, doravante designado por *Misrepresentation Act*⁵³, embora este último vise ressarcir a *misrepresentation* independentemente de fraude, i.e., inocente (*innocent*) e negligente (*negligent*).

A *misrepresentation* é um dos vícios que o direito inglês admite como fundamento da invalidade do contrato, a par do erro (*mistake*), omissão de informação (*non-disclosure*), coação (*duress*), influência indevida (*undue influence*), negócios irracionais (*unconscionable bargains*), incapacidade (*incapacity*) e ilegalidade (*illegality and public policy*)⁵⁴.

3.3. Noção e delimitação da figura

As *representations* ocorrem tipicamente na fase pré-contratual e correspondem a declarações de facto ou de direito que são relevantes (*material*) e determinantes (*reliable*) para a formação e manifestação da decisão do declaratório para celebrar um contrato, embora dele não tenham de fazer parte⁵⁵. Tais declarações devem ser entendidas pelo declaratório como verdadeiras, antes da celebração do contrato e no momento da sua celebração. Correspondem a declarações que, caso não existissem ou caso o declaratório da *misrepresentation* tivesse conhecimento de que a situação real era distinta da declarada, o contrato não teria sido celebrado.

Não são consideradas *representations* as declarações sobre questões futuras, incluindo promessas⁵⁶, nem tão-pouco as meras opiniões ou exageros típicos do comércio (*mere «puffs»*)⁵⁷ que não possam razoavelmente ser tomados por sérios⁵⁸.

De acordo com o entendimento tradicional, as declarações sobre o direito aplicável também não podiam consubstanciar uma *representation*. Contudo, em *Pankhania v. London Borough of Hackney* (2004), o tribunal considerou que

53 Ato do Parlamento do Reino Unido que regula o regime aplicável em situações de falsas declarações no âmbito dos contratos, disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/7/2015-10-01>. Este normativo veio alterar o regime da *innocent misrepresentation* e da lei que regula o contrato de compra e venda de bens (*Sale of Goods Act 1893*) – cf. secção 1 do *Misrepresentation Act*.

54 CARTWRIGHT (2007), pp. 144-145.

55 ANDREWS (2016); DALHUISEN (2000).

56 As promessas não correspondem a uma *misrepresentation*, mas podem fazer parte dos termos do contrato, dando origem a responsabilidade contratual (*breach of contract*). Cf. O'SULLIVAN & HILLIARD (2012), p. 227, e CARTWRIGHT (2007), p. 160.

57 *Dimmock v. Hallett* (1866).

58 ATIYAH (1982); ZWIEGERT & KÖTZ (1998).

tinha deixado de haver esta limitação, pois a Câmara dos Lordes havia decidido em *Kleinwort Benson Ltd v. Lincoln City Council* (1998), pela primeira vez, que poderia haver lugar ao reembolso de montantes pagos em virtude de um erro espontâneo de direito. Pela correspondência que tradicionalmente lhes é reconhecida, deixaram de existir obstáculos a que uma declaração de direito pudesse ser qualificada como *misrepresentation*⁵⁹.

Por sua vez, a *misrepresentation* – que essencialmente consubstancia uma falsa *representation* – é uma declaração de facto ou de direito que não corresponde à verdade e que é produzida perante a contraparte durante a fase negocial. Embora não seja, em princípio, parte integrante do contrato, o declaratório da *misrepresentation* apoia-se e confia nela para contratar⁶⁰. A *misrepresentation* é normalmente produzida através de palavras, mas outras condutas ou sinais corporais podem igualmente qualificar-se como tal⁶¹ – nas amplamente citadas palavras de Lord Campbell em *Walters v. Morgan* (1861), basta «*a nod or a wink, or a shake of a head or a smile*». Como uma *misrepresentation* é uma falsa *representation*, o que não puder ser juridicamente qualificado como uma *representation*, de acordo com os critérios acima enunciados, também não poderá ser uma *misrepresentation*.

O direito inglês distingue três tipos de *misrepresentation*: a fraudulenta, a negligente e a inocente⁶².

A *misrepresentation* fraudulenta ocorre quando uma das partes profere falsas declarações, com a intenção de enganar a contraparte.

A *misrepresentation* inocente ocorre quando uma das partes emana uma declaração incorreta, mas convencida, com fundamentos razoáveis, da sua veracidade.

Por fim, a *misrepresentation* negligente ocorre quando uma das partes declara algo sem estar certo da sua veracidade, verificando-se depois incorreção da declaração. Embora aquele que a profere não esteja conscientemente a enganar o seu declaratório, não logrou aplicar um grau de diligência adequado e exigível numa negociação contratual. A modalidade da *misrepresentation* negligente passou a relevar na sequência da reforma que levou à aprovação do *Misrepresentation Act 1967*.

A modalidade de *misrepresentation* que abrange a *fattispecie* delimitada no âmbito deste trabalho corresponde à *misrepresentation* fraudulenta, partilhando o âmbito de aplicação com o instituto jurídico do dolo positivo no direito português.

59 O'SULLIVAN & HILLIARD (2012), p. 227.

60 MARSH (1994), p. 116.

61 O'SULLIVAN & HILLIARD (2012), p. 224.

62 SMITS (2014), p. 174.

Será igualmente necessário recorrer à figura da omissão de informação (*non-disclosure*) para permitir abranger as situações de dolo negativo do direito português.

3.4. Requisitos e modalidades

Para produzir todos os efeitos jurídicos, a *misrepresentation* fraudulenta deve cumprir diversos requisitos, alguns deles comuns a todas as formas de *misrepresentation* e outros exclusivos desta modalidade.

3.4.1. Requisitos gerais

Quanto aos requisitos gerais, temos como ponto de partida que a declaração que induziu o declarante em erro deve cumprir os requisitos positivos e negativos acima referidos para ser considerado uma *representation*, i.e., uma declaração, pré-contratual, relevante (*material*). Deve, para além disso, ser falsa ou, pelo menos, decetiva⁶³.

A ausência de declaração, ou a omissão de informação, só excecionalmente pode ser fundamento de anulação do contrato no direito inglês. Este traço do regime é contrabalançado por um estrito dever de usar apenas a verdade nas declarações proferidas, que não sejam meras opiniões. A lei pretende garantir desta forma que aquilo que é dito é verdadeiro, e que não induzirá a contraparte em erro⁶⁴. O mesmo raciocínio será aplicável a casos em que uma das partes, questionada acerca das características do objeto, responde (falsamente) não ter informações sobre o assunto⁶⁵.

Ademais, é necessário que exista uma relação causal entre a *misrepresentation* e a celebração do contrato, ou seja, o *deceptus* deve ter sido influenciado e induzido a contratar em consequência de tal *misrepresentation* (*reliance*)⁶⁶, não sendo este regime aplicável se tal influência não foi exercida. Se o *deceptus* tivesse anterior conhecimento de que a declaração era falsa ou se, independentemente da intervenção do *deceptor*, tiver decidido contratar com base no seu próprio discernimento, não haverá lugar à anulação (*avoidance*) do contrato. O requisito respeitante ao efeito causal da declaração de facto na celebração

63 ATYIAH (1982), p. 259.

64 ATYIAH (1982), p. 253.

65 BEALE (2012), p. 25.

66 O'SULLIVAN & HILLIARD (2012), p. 228.

do contrato não exige que a *misrepresentation* tenha sido o único motivo para a celebração do contrato, podendo apenas ter sido um fator, desde que tenha desempenhado um papel substancial na decisão de contratar⁶⁷.

3.4.2. Requisitos especiais

No que respeita a requisitos especiais da *misrepresentation* fraudulenta, foi fixado em *Derry v. Peek* (1889) que uma declaração apenas se pode considerar fraudulenta se for feita com a consciência da sua falsidade, sem convicção da sua veracidade, ou, pelo menos, levemente, sem preocupação sobre a sua veracidade. Não se trata aqui de mera negligência, pois os casos em que o declarante crê que as suas afirmações têm correspondência com a verdade não se encontram abrangidos por esta modalidade⁶⁸.

Para além da consciência de que a declaração era falsa, deve ainda estar presente a intenção de enganar o declaratório, por forma a induzi-lo a contratar⁶⁹.

No que respeita ao critério da *reliance*, ou seja, a relação causal entre a celebração do contrato e a *misrepresentation*, pode pressupor-se que (*an inference of fact arises*) o *deceptus* foi influenciado por tal declaração quando exista uma declaração falsa e fraudulenta, que possa ter como efeito provável a celebração de um contrato pela contraparte, e o contrato tenha sido efetivamente celebrado.

3.4.3. *Misrepresentation* por terceiro

O direito inglês não admite, em princípio, a relevância para efeitos de anulação (*avoidance*) do contrato, do engano provocado conscientemente por terceiro. Se o declaratório não esteve envolvido no comportamento decetivo, o contrato deve ser considerado válido, privilegiando-se desta forma a validade das declarações negociais e do contrato⁷⁰. É possível invocar o erro (*mistake*), se os respetivos requisitos estiverem cumpridos, mas não *misrepresentation*. A solução de direito para salvaguardar os interesses do *deceptus* será a possibilidade de exigir compensação ao próprio terceiro.

Existem, no entanto, duas situações em que o comportamento decetivo do terceiro permite a anulação (*avoidance*) do contrato pelo *deceptus*. Em primeiro lugar, quando o terceiro é representante ou agente do declaratório, a parte no

67 Cf. *JEB Fasteners v. Marks Bloom & Co*, 1983, ATYAH (1982); O'SULLIVAN & HILLIARD (2012), *Bradford Third Equitable Benefit Building Society v. Borders* (1941).

68 ATYAH (1982), p. 261.

69 DALHUISEN (2000); ZWEIGERT & KÖTZ (1998).

70 ZWEIGERT & KÖTZ (1998), p. 427.

contrato intermediado, deve ser responsabilizado pelas ações dos seus representantes, independentemente de se coadunarem ou não com as suas instruções⁷¹. Em segundo lugar, quando o declaratório tivesse conhecimento ou lhe fosse cognoscível o comportamento decetivo do terceiro⁷².

3.5. Efeitos

Em resultado da *misrepresentation* fraudulenta, o *deceptor* pode pedir a cessação⁷³ (*rescission*) do contrato ou uma indemnização por facto ilícito (*damages in tort*)⁷⁴.

O objetivo de ambas é idêntico: colocar os contraentes na situação jurídica em que se encontravam antes da celebração do contrato. São, por isso, compatíveis e, se o interessado assim o entender, cumuláveis, embora o desencadeamento de ambos os mecanismos de reação tenha como consequência a diminuição do montante da indemnização, pois o valor da prestação restituída não poderá ser tido em conta no cálculo da indemnização sob pena de ser duplamente considerado⁷⁵.

Não é comum, no direito inglês, a anulabilidade parcial, i.e., de apenas certos termos do contrato que tenham sido afetados por *misrepresentation*. Não obstante, se houve uma *misrepresentation* quanto aos efeitos de certa cláusula, esta pode deixar de ser válida e o restante contrato ser executado⁷⁶.

A responsabilidade por *misrepresentation* fraudulenta não pode ser afastada ou limitada através do contrato⁷⁷, sob pena de nulidade da cláusula que preveja a exclusão ou limitação, quer da responsabilidade do *deceptor* pelos atos que foram praticados antes da celebração do contrato, quer dos direitos que lhe possam assistir em consequência de tal *misrepresentation*.

71 Cf. *Weir v. Bell* (1878).

72 Cf. *Barclays Bank Plc v. O'Brien* (1994), ZWIEGERT & KÖTZ (1998), pp. 427-428.

73 Para evitar correspondências equívocas, traduziu-se «*rescission*» por «cessação» (do contrato).

74 A doutrina menciona ainda a hipótese de incorporação no contrato dos factos que foram *misrepresented*, passando a ser termos vigentes do contrato. É, desta forma, aberta a possibilidade de cessação do contrato e de indemnização por incumprimento contratual. Sobre esta possibilidade, v. TREITEL (1995), p. 326, e CARTWRIGHT (2007), p. 165.

75 BEATSON *et alii* (2010), p. 308.

76 No caso *Curtis v. Chemical Cleaning & Dyeing Co* (1951), uma cláusula de exclusão da responsabilidade no contrato de prestação de serviços foi invalidada por os seus efeitos terem sido deturpados perante a contraparte, mantendo-se o restante contrato.

77 Cf. *Pearson v. Dublin Corp* (1907) e *Government of Zanzibar v. British Aerospace* (Lancaster House) Ltd (2000).

3.5.1. Anulabilidade do contrato (*avoidance*)

O contrato que esteja viciado por *misrepresentation* é anulável (*voidable*) e a *rescission* é o mecanismo jurídico através do qual se promove a cessação e a anulação do contrato⁷⁸.

O exercício do direito de anulação do contrato é inteiramente discricionário, produzindo-se os efeitos do negócio jurídico plenamente até que – e salvo se – o destinatário da *misrepresentation* opte pela sua cessação (*rescind*).

Em *Mothew v. Bristol v. West Building Society* (1998), o tribunal explica que a parte defraudada tem o direito a escolher se faz cessar ou se confirma o contrato (*rescind or affirm*). Pelo que, até que o contrato seja invalidado, continuam a produzir-se os seus efeitos jurídicos e as partes mantêm as suas obrigações contratuais.

O direito à cessação do contrato (*rescission*) deve ser exercido durante um prazo razoável após o conhecimento do vício. Não existe forma ou procedimento especial para tal exercício, podendo ser efetivada por meio de comunicação à contraparte, através de uma conduta inequívoca neste sentido⁷⁹, ou por via de uma ação judicial⁸⁰. Pode ainda ser acionada por via de exceção (*as a defense*) em sede de contraditório numa ação de execução específica do contrato (*action to enforce*)⁸¹.

Ao contrário da cessação do contrato por incumprimento contratual (*termination for breach of contract*), que apenas produz efeitos para o futuro, o objetivo da *rescission*⁸² é a restauração do *statu quo ante*, ou seja, da situação jurídica do *deceptus* antes do contrato que foi celebrado com base no erro provocado, sendo a sua eficácia retroativa⁸³. Desta forma, deve ser restituído o que foi mutuamente prestado. A impossibilidade de restituir as prestações efetuadas, nomeadamente por terem por objeto bens que, entretanto, foram consumidos ou que foram transferidos para um terceiro, pode precluir o direito à cessação do contrato (*rescission*).

Com efeito, existem vários factos que podem obstar ao exercício do direito à cessação do contrato (*rescission*) em consequência de uma *misrepresentation*:

78 BEATSON *et alii* (2010), p. 307.

79 *Car and Universal Finance Co Ltd v. Caldwell*, 1961.

80 O'SULLIVAN & HILLIARD (2012), p. 233.

81 TREITEL (1995), p. 344.

82 No direito inglês, a «*rescission ab initio*» ocorre quando um contrato foi celebrado com base em erro, dolo ou falta de consentimento (*mistake, fraud, or lack of consent*) e tem efeitos retroativos, repondo-se situação jurídica das partes à data da celebração do contrato, tal como se o contrato nunca tivesse existido. Cf. O'SULLIVAN & HILLIARD (2012), p. 233, com referência a *Johnson v. Agnew* (1980).

83 O'SULLIVAN & HILLIARD (2012), p. 234.

– A confirmação do contrato (*affirmation*), após o conhecimento da *misrepresentation*, através de uma conduta inequívoca, seja ela declarações ou ações que sejam inconsistentes com a intenção de fazer cessar (*rescind*) o contrato⁸⁴.

– O decurso de um prazo superior ao razoável, por considerações de segurança jurídica⁸⁵. Todavia, conforme foi dito, o decurso do tempo não preclui o direito à cessação do contrato (*rescission*) enquanto o *deceptus* ignorar o comportamento fraudulento, pelo que o lapso temporal durante o qual poderá haver lugar à cessação do contrato (*rescission*) apenas se iniciará após o conhecimento (ou a cognoscibilidade) da conduta que deu origem à *misrepresentation* fraudulenta^{86/87}.

– A impossibilidade de reestabelecer a situação anterior, nomeadamente por impossibilidade da *restitutio in integrum*⁸⁸. Os tribunais ingleses não aceitam a restituição do valor correspondente (*restitution «by equivalent»*), devendo ser revertida a prestação que realmente foi efetuada⁸⁹.

– Aquisição de direitos sobre o objeto do contrato por terceiros de boa fé, prevalecendo os direitos destes quando confrontados com o direito à cessação do contrato (*rescind*) por parte do *deceptus*, desde que a aquisição do direito pelo terceiro tenha sido anterior ao exercício da *rescission*⁹⁰.

Note-se, por fim, que a preclusão do direito de cessação do contrato (*rescind*) não impede que seja exigida indemnização por facto ilícito (*damages in tort*), nos termos que se seguem⁹¹.

3.5.2. Indemnização por facto ilícito (*damages in tort*)

O *deceptus* pode não querer ou não reunir as condições para fazer cessar (*rescind*) o contrato, mas ainda assim reunir condições para exigir uma indemnização. Pois, quem faz uma representação intencionalmente equívoca da realidade durante a fase pré-contratual gera responsabilidade pelo ilícito do engano (*tort of deceit*)⁹².

84 Cf. *Streets v. Coombes* (2005), O'SULLIVAN & HILLIARD (2012), p. 234.

85 Cf. *Leaf v. International Galleries* (1950).

86 *Rolfe v. Gregory* (1865), *Armstrong v. Jackson* (1917).

87 BEATSON *et alii* (2010), p. 315.

88 Cf. *Thomas Witter Ltd v. TBP Industries Ltd* (1996).

89 CARTWRIGHT (2007), p. 162.

90 BEATSON *et alii* (2010), p. 316.

91 BEATSON *et alii* (2010), p. 314.

92 No direito inglês, não existem regras ou princípios gerais de responsabilidade perante um ilícito civil. Os regimes dos diferentes *torts* são autónomos entre si e a sua definição tanto pode ter por referência

O ressarcimento dos danos por via do *tort of deceit* tem por base os seguintes pressupostos: (1) que tenha havido uma *misrepresentation*, (2) que a falsa representação da realidade seja feita fraudulentamente e (3) com a intenção de induzir o *deceptus* a agir com base na *misrepresentation*, (4) que o *deceptus* tenha agido (contratado) por causa da *misrepresentation*, (5) tendo consequentemente sofrido danos⁹³.

A responsabilidade em consequência da *misrepresentation*, por ser referente a declarações emitidas numa fase pré-contratual que apesar de terem fundado o contrato não foram, em princípio, nele vertidas⁹⁴, não se confunde com a responsabilidade contratual (*damages for breach of contract*). Ao passo que esta teria como objetivo colocar o titular do direito à indemnização na situação em que estaria se o contrato tivesse sido devidamente executado e cumprido, a responsabilidade por *misrepresentation* constitui uma indemnização em consequência de um facto ilícito (*damages in tort*) e o seu objetivo é colocar o lesado na situação em que estaria caso o ilícito não tivesse sido praticado, ou seja, se não tivesse sido enganado por outrem⁹⁵. Nada impede, contudo, que ambos os tipos de responsabilidade sejam cumulados, caso haja fundamento autónomo para cada um deles⁹⁶.

Através da responsabilidade pelo ilícito do engano (*tort of deceit*), o autor da *misrepresentation* fraudulenta é responsável por todos os danos causados em consequência das suas declarações. A medida do dano será o montante do prejuízo patrimonial sofrido em resultado de ter confiado nas declarações fraudulentas e de ter celebrado o contrato, incluindo o lucro cessante. Não são, contudo, ressarcíveis os valores assentes numa mera expectativa de lucro decorrente do próprio contrato celebrado – embora o possam ser em sede de incumprimento contratual, quando a ele haja lugar⁹⁷. É explicativo o caso *East v. Maurer* (1991), em que o lesado foi induzido a adquirir um salão de cabeleireiro por o seu vendedor ter declarado que iria viver para o estrangeiro e não iria continuar a trabalhar no seu segundo estabelecimento – o que não aconteceu. Consequentemente, os compradores não só perderam a clientela como tiveram de vender o estabelecimento por um valor consideravelmente inferior àquele pelo qual compraram. Em sede de recurso, o tribunal considerou que o cálculo

o bem jurídico que se pretende proteger como as consequências do comportamento danoso. O *tort of deceit*, em particular, define-se pela sua consequência: a perda causada pela confiança depositada numa declaração fraudulenta. Cf. CARTWRIGHT (2007), p. 35.

93 Cf. *Bradford Third Equitable Benefit Building Society v. Borders* (1941), BEATSON *et alii* (2010), p. 320.

94 DALHUISEN (2000), p. 173.

95 ATIYAH (1982), p. 442.

96 ATIYAH (1982), pp. 442-443.

97 CARTWRIGHT (2007), p. 164.

da indemnização deveria ter como referência o valor do lucro que teria sido obtido se os lesados tivessem investido em outro negócio, e não o lucro que seria obtido se as declarações fossem verdadeiras, ou seja, a diferença patrimonial para a situação em que estariam se o contrato não tivesse sido celebrado.

O ressarcimento por via do ilícito do engano (*tort of deceit*) está disponível, não apenas perante o *deceptor* que seja igualmente parte no contrato, mas também quando o autor da declaração seja um terceiro ao contrato⁹⁸.

Por fim, note-se que o ónus da prova sobre o carácter fraudulento das declarações pertence a quem as invoca, apesar de a fraude, em si, não ser fácil de provar⁹⁹.

3.6. Regimes afins

3.6.1. Omissão de informação (*non-disclosure*)

O direito inglês não reconhece um princípio geral de boa fé nem tão-pouco existe uma obrigação genérica de informar durante a fase pré-contratual (MARSH 1994, p. 129). Considera-se que durante as negociações as partes têm interesses antagónicos e seria *contra natura* impor às partes a partilha das informações que as possa colocar em situação de vantagem¹⁰⁰. É da responsabilidade de cada um obter, pelos seus próprios meios, as informações relevantes para a celebração do contrato, não podendo haver a expectativa de que tais informações sejam providenciadas pela contraparte, ainda que esta se aperceba do seu desconhecimento (cf. a decisão *Smith v. Hughes* (1871), em que o tribunal reitera, a este propósito, a tradição inglesa da separação do direito e da moral)¹⁰¹.

Por outro lado, cada parte é livre de utilizar a informação de que dispõe por forma a obter os melhores resultados possíveis para a sua esfera jurídica, e nenhuma das partes tem a obrigação de prestar assistência à sua contraparte, nomeadamente desfazendo equívocos. No caso *Banque Financière v. Westgate Ins. Co.* (1989), o tribunal menciona um princípio geral fundamental do direito dos contratos inglês, o de que não existe obrigação de falar no âmbito das negociações de um contrato comercial comum. O silêncio não é, neste sentido, considerado como *misrepresentation*. Mas, caso certa informação seja

98 CARTWRIGHT (2007), p. 163.

99 CARTWRIGHT (2007), p. 163.

100 CARTWRIGHT (2007), p. 70.

101 ZWEIGERT & KÖTZ (1998), p. 426.

prestada parcialmente, omitindo-se factos relevantes (*suppression of material facts*), pode tal conduta consubstanciar uma *misrepresentation*¹⁰².

Por outro lado, certos tipos contratuais ou certas relações jurídicas acarretam um dever de informar (*duty of disclosure*)¹⁰³, nomeadamente aquela que vigora entre o segurador e o segurado e em outros contratos *uberrimae fidei*, entre o tutor e o tutelado, entre o principal e o agente ou em relações fiduciárias¹⁰⁴. Estas relações jurídicas exigem um elevado padrão de boa fé devido à relação de confiança existente entre as partes, havendo uma obrigação de divulgação integral dos factos relevantes¹⁰⁵.

Existe ainda o dever de informar se certa declaração que foi prestada no curso das negociações cessa de ser verdadeira, posteriormente à sua emissão, mas previamente à celebração do contrato¹⁰⁶.

Nestes casos, os efeitos da omissão de informação (*non-disclosure*) acompanham os da *misrepresentation* fraudulenta: o direito à cessação do contrato (*rescission*), que é o efeito mais comum da omissão do dever de informação nos contratos *uberrimae fidei*¹⁰⁷; e a responsabilidade por facto ilícito (*liability in tort*)¹⁰⁸. Tradicionalmente, a responsabilidade pelo ilícito do engano (*tort of deceit*), ao abrigo do qual a *misrepresentation* é ressarcida, não abrangia os casos de omissão de informação. Contudo, foi recentemente decidido que a violação do dever de informar (*non-disclosure*) pode dar origem a compensação por via da responsabilidade pelo ilícito do engano (*tort of deceit*)¹⁰⁹, com o fundamento de que uma ocultação fraudulenta de informação equivale a uma representação implícita de que não existe nada de relevante a informar, podendo consubstanciar uma *misrepresentation* fraudulenta (cf. *Conlon v. Simms* (2006), para. 202).

Não sendo possível obter compensação através da responsabilidade pelo ilícito do engano (*tort of deceit*), pode ser aplicável a responsabilidade por negligência (*tort of negligence*), que não exige uma *misrepresentation* mas unicamente a violação dos deveres de cuidado (*breach of a duty of care*)¹¹⁰.

102 BEATSON *et alii* (2010), p. 301, e MCKENDRICK (2013), p. 592.

103 BEALE (2012), p. 20.

104 ZWEIGERT & KÖTZ (1998), p. 426.

105 ATIYAH (1982), p. 254.

106 ATIYAH (1982), p. 253, e MCKENDRICK (2013), pp. 592-593.

107 BEATSON *et alii* (2010), p. 334.

108 BEATSON *et alii* (2010), p. 342.

109 BEATSON *et alii* (2010), p. 342.

110 BEATSON *et alii* (2010), p. 343.

3.6.2. *Misrepresentations* não-fraudulentas

Conforme já referido, o direito inglês distingue três tipos de *misrepresentation*: a fraudulenta, a negligente e a inocente. O conceito e o regime de *misrepresentation* fraudulenta foi desenvolvido pelo *common law*. No entanto, apenas com o *Misrepresentation Act 1967* ficou assegurado o direito a fazer cessar (*rescind*) o contrato, a pedir uma indemnização pelos danos causados, ou ambas, quando não houve uma conduta fraudulenta na origem da *misrepresentation*. Este diploma confere mecanismos de reparação à parte que foi enganada, ainda que sem intuito, consciência ou leviandade por parte daquele que induziu em erro.

Nos termos das secções 1 e 2(1) do *Misrepresentation Act*, aquele que tenha sido enganado através de uma *misrepresentation* tem o direito a fazer cessar o contrato (*rescind*) e a ser indemnizado pelos danos causados (*claim damages*), ainda que a *misrepresentation* não tenha sido emitida fraudulentamente, e salvo se se provar que havia sido emitida inocentemente. Embora não lhe seja feita referência expressa, a secção 2(1) do *Misrepresentation Act* visa aplicar-se à *misrepresentation* negligente.

Se a *misrepresentation* for inocente, dispõe a secção 2(2), em conjugação com a secção 1 do *Misrepresentation Act*, que a parte enganada tem direito a fazer cessar o contrato, salvo se o tribunal considerar com base em critérios de equidade, tendo em conta a natureza da *misrepresentation* e as perdas que a eventual manutenção ou anulação do contrato causariam, podendo ser substituída por indemnização por danos causados (*damages in lieu*).

Apontam-se as seguintes como notas distintivas dos regimes das *misrepresentations* não fraudulentas face à fraudulenta:

- Em 1994, no caso *Alliance/Leicester Building Society v. Edgestop Ltd*, o tribunal decidiu que, em caso de fraude, não é possível haver lugar a redução da indemnização por negligência (*apportionment of damages*), ficando esta possibilidade reservada às modalidades não fraudulentas de *misrepresentation*. Este entendimento não tem sido isento a críticas da doutrina¹¹¹.

- Se a *misrepresentation* for negligente ou inocente, é possível excluir ou limitar a responsabilidade por via contratual, desde que a cláusula seja analisada à luz de um critério legal de razoabilidade («*reasonableness*» test) previsto na secção 11 do *Unfair Contract Terms Act 1977*^{112/113}. Este regime não é,

111 Sobre esta questão, v. ATIYAH (1982), p. 260.

112 Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50>.

113 Em *South Western Property Co Ltd. v. Marton* (1982), o tribunal considerou que cláusulas como «: any incorrect statement or error or omission : shall not annul the sale :» ou «: all statements are made without responsibility on the part of the auctioneers or the vendor : and any intending purchaser must satisfy himself by inspection or otherwise as to the correctness of each statement contained in the particulars :»

contudo, aplicável aos contratos de consumo, no alcance definido pela secção 61 do *Consumer Rights Act 2015*¹¹⁴.

4. Draft Common Frame of Reference – DCFR

4.1. Direito aplicável

O *Draft Common Frame of Reference*, doravante DCFR, foi o culminar de um projeto de investigação financiado pela Comissão Europeia, que teve por objetivo identificar os princípios, as definições e as regras-modelo comuns no direito dos contratos a nível europeu. Foi elaborado pelo *Study Group on a European Civil Code* e pelo *Research Group on Existing EC Private Law*, a partir dos Princípios do Direito Europeu dos Contratos, doravante PECL¹¹⁵.

Este instrumento de *soft law* tem por objetivo servir como modelo ou como ponto de partida para um eventual Quadro Comum de Referência, como um instrumento de apoio na revisão da legislação existente e na preparação de nova legislação na área do direito privado, e ajudar as instituições europeias a garantir uma maior coerência no direito contratual europeu, nomeadamente desenvolvendo a terminologia e estabelecendo padrões regulatórios de referência. O DCFR é um valioso texto académico que veio demonstrar a grande convergência, a nível europeu, das soluções jurídicas em concreto, mesmo quando os ordenamentos jurídicos pouco se assemelham entre si.

O DCFR também tem por objetivo ser uma fonte de inspiração para os tribunais encontrarem e desenvolverem soluções modernas para os problemas jurídicos com que se defrontam, promovendo uma «europeização do direito privado» de carácter informal¹¹⁶.

Todavia, escassas têm sido as referências ao DCFR na jurisprudência portuguesa, encontrando-se apenas breves menções ao conceito de boa fé¹¹⁷ e na interpretação da alteração das circunstâncias como exceção ao princípio do cumprimento pontual dos contratos¹¹⁸.

eram cláusulas injustas e irrazoáveis, não podendo consubstanciar uma exclusão legítima da responsabilidade por misrepresentation.

114 Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/contents/enacted>.

115 BAR & CLIVE (2009), p. 1.

116 BAR & CLIVE (2009), p. 4.

117 Acórdãos do TR do Porto, de 27.06.2018, de 07.02.2019 e de 21.02.2019 (Joaquim Correia Gomes), in www.dgsi.pt.

118 Acórdão do STJ, de 27.01.2015 (Fonseca Ramos), citando Henrique Antunes em «A alteração das Circunstâncias no Direito Europeu dos Contratos», e Acórdão do TR de Lisboa, de 14.06.2017 (José Feiteira), in www.dgsi.pt.

Nas decisões de tribunais ingleses, o DCFR tem sido utilizado como elemento para interpretação do direito europeu ou para evidenciar as diferenças entre o direito inglês e o «direito continental», não exercendo qualquer influência na interpretação do direito interno¹¹⁹.

No âmbito dos processos no TJUE, são os advogados-gerais que têm, nas suas conclusões, aludido ao DCFR para a interpretação de certos conceitos de direito europeu, nomeadamente em matéria do direito do consumo¹²⁰ ou como menção de direito comparado¹²¹.

Em geral, as referências ao DCFR assumem o carácter de argumento de autoridade.

O DCFR, que está organizado em sete livros, inicia com disposições gerais (general provisions) no Livro I, seguindo-se, no Livro II, a regulamentação de contratos e de outros atos jurídicos (contracts and other juridical acts).

O Livro II, que alberga a maior parte das disposições relevantes para este trabalho, está organizado em nove capítulos. O Capítulo 7, com a epígrafe «motivos de invalidade» (*grounds of invalidity*), regula o regime dos efeitos dos contratos ou de outros negócios jurídicos inquinados de vícios na sua formação ou que infrinjam princípios fundamentais ou normas imperativas [cf. artigo II.-7:101, (1) e (3)], não lidando, todavia, com a falta de capacidade dos sujeitos [cf. artigo II. 7:101, (2)].

É a secção 2 que se ocupa, em particular, dos vícios na formação do contrato (*vitiated consent or intention*), nomeadamente o erro (*mistake*), dolo (*fraud*), coação (*threats*) e exploração indevida (*unfair exploitation*).

A *fraud*, na senda da tradição dos sistemas romano-germânicos, surge no DCFR inserida no «conceito unitário»¹²² de vício de consentimento na formação do contrato (*vices of consent*).

4.2. Noção e delimitação da figura

O DCFR não oferece uma definição de *fraud*. O artigo II.-7:205, com esta epígrafe, estabelece o regime aplicável a falsas representações da realidade (*misrepresentations*) e a omissões de informação (*non-disclosure*) que tenham

119 MAK (2013), p. 181.

120 V. por exemplo, as Conclusões da advogada-geral Trstenjak, de 18.02.2009 (Processo C-489/07).

121 V. por exemplo, as Conclusões do advogado-geral Bobek, de 05.07.2017 (Processo C-224/16), ou as Conclusões da advogada-geral Trstenjak, de 11.09.2008 (Processo C-180/06), ou a 8.09.2009 (Processo C-215/08).

122 BAR & CLIVE (2009), pp. 451-453.

sido levadas a cabo com o intuito de enganar a contraparte, conduzindo-a à celebração de um contrato.

A *fraud* pode ser entendida como o vício da formação do contrato correspondente ao erro provocado por uma conduta objetiva – falsas declarações (*misrepresentations*) ou omissão de informação (*non-disclosure*) devida por outrem –, que tenha sido promovida consciente e intencionalmente (*fraudulently*) pela contraparte, e que tenha como resultado específico a celebração do contrato.

Este regime foi amplamente *inspirado* na norma correspondente dos PECL – o artigo 4:107. As diferenças que se podem anotar são o alargamento do âmbito de aplicação da omissão de informação fraudulenta (*fraudulent non-disclosure*), passando a incluir, para além dos já previstos deveres genéricos de informar ao abrigo da boa fé e das práticas comerciais leais, *qualquer dever pré-contratual de informar*.

Para além deste alargamento, foram igualmente feitas algumas precisões ao artigo, nomeadamente no número 2 e na alínea c) do número 3, mas sem consubstanciar modificações relevantes.

4.3. Requisitos e modalidades

Nos termos do artigo II.–7:205, a *fraud* pode ser levada a cabo através de condutas positivas ou negativas.

A conduta positiva, ou a falsa representação da realidade (*misrepresentation*), adota normalmente a forma de palavras, mas pode consubstanciar um comportamento. Com efeito, exige-se apenas que a forma adotada possa configurar uma representação, que na circunstância em concreto seja falsa.

A representação, neste sentido, é uma manifestação precisa (*definite statement*) de que algo é conforme declarado. Pode ser referente tanto a matéria de direito como a matéria de facto, desde que se refira a algo contemporâneo ao contrato¹²³.

À semelhança do direito inglês, uma promessa que deixa de ser cumprida por haver uma alteração das intenções do declarante não é abrangida pelo conceito de «*misrepresentation*», mas uma promessa efetuada sem qualquer intenção de a realizar já estará abrangida por tal conceito. A mera opinião, identificada como tal, também não se encontra compreendida no conceito de representação.

123 BAR & CLIVE (2009), pp. 492-493.

A falsa representação da realidade (*misrepresentation*) considera-se fraudulenta quando, cumulativamente, para além do conhecimento ou convicção da sua falsidade, é feita *com a intenção* de induzir em erro a contraparte (v. parágrafo 2 do artigo II.–7:205)¹²⁴.

Para haver *fraud*, o *deceptus* deve ter fundado a decisão de contratar na declaração que consubstanciou a falsa representação da realidade (*misrepresentation*), havendo uma relação de causalidade entre a representação e a celebração do contrato¹²⁵. Este critério é identificado, tal como no direito inglês, como «*reliance*», refletindo que o *deceptus* agiu em função do erro que lhe foi provocado.

Na modalidade de conduta negativa, a *fraud* consubstancia uma omissão de informação (*non-disclosure*) de carácter fraudulento. A omissão de informação, tal como a falsa representação da realidade (*misrepresentation*), é fraudulenta quando tenha sido feita com a intenção de induzir em erro a contraparte (cf. segunda parte do parágrafo 2 do artigo II.–7:205).

A omissão de informação abrange a não divulgação de informação que devesse ser prestada ao abrigo da boa fé, das práticas comerciais leais, e do dever de prestar informações em fase pré-contratual (cf. segunda parte do parágrafo 1).

Contrariamente ao que sucede no direito inglês, esclarecem os comentários ao artigo II.–7:205¹²⁶ que o silêncio com o intuito de induzir em erro a contraparte, por forma a influenciá-la na decisão de celebrar ou não certo negócio, não se coaduna com os ditames da boa fé, o que pode fundamentar a anulação do negócio. Pois, embora não exista um dever genérico de evidenciar as desvantagens de certo negócio, deve sempre ser avaliada a eventual existência de uma obrigação de informar no caso concreto.

Por forma a ser possível concretizar se certa informação deveria ou não ser prestada, ao abrigo das regras da boa fé e das boas práticas comerciais, podem ser utilizados os critérios constantes do parágrafo 3. Estes critérios ajudam o intérprete a averiguar se era razoável exigir à parte que omitiu certa informação que a tivesse transmitido. Como são enumerados a título meramente exemplificativo, podem também ser utilizados outros critérios para aferir do dever de informar. Os critérios das alíneas a) e b) são respeitantes à parte que omite a informação, nomeadamente se tinha conhecimento especializado e qual

124 O artigo VI.–3:101 prevê um conceito de intencionalidade (*intention*), respeitante à produção do dano e que não parece corresponder ao que se dispõe no artigo II.–7:205. A intenção, na *fraud*, é consubstanciada na indução em erro para celebração de um contrato, não fazendo parte da *fattispecie* o objetivo de provocar danos (embora seja uma consequência comum).

125 BAR & CLIVE (2009), p. 3374.

126 BAR & CLIVE (2009), p. 494.

o custo da aquisição da informação; e os critérios em c) e d) são relativos à parte a quem a informação é omitida, ou seja, se poderia adquirir a informação através de outros meios e se a informação era para si manifestamente importante.

Por outro lado, o artigo II.-3:101 (1) prevê uma obrigação pré-contratual de informar a contraparte de certas características do objeto, independentemente de esta ser ou não um profissional, afigurando-se como uma manifestação do princípio da boa fé comum aos países de *civil law*. Os artigos II.-3.107 e II.-3.108 estabelecem regras acerca da informação a fornecer sobre preços e outros encargos, bem como acerca do endereço e identidade da empresa, respetivamente. Já nos artigos II.-3:102 a II.-3:104 estão previstos deveres especiais relativos a relações de consumo.

O requisito da *reliance*, em caso da omissão de informação, decorre da circunstância de que o contrato não haveria sido celebrado se a parte tivesse conhecimento das informações que, por direito, deveria ter recebido da contraparte.

O DCFR prevê, igualmente, no artigo II.-7:208, a hipótese de a *fraud* durante a formação do contrato ser imputável a um terceiro. Distingue, neste âmbito, duas situações: quando uma das partes é responsável pelos atos ou consentiu o envolvimento do terceiro (parágrafo 1), e quando nenhuma das partes é responsável pelos atos ou consentiu no envolvimento do terceiro (parágrafo 2).

A primeira hipótese abrange os atos dos agentes, trabalhadores e outros sujeitos que estejam envolvidos, por conta de uma das partes, na fase pré-contratual, mas também o mero consentimento da intervenção do terceiro nas negociações¹²⁷. Aqui, a parte em relação com o terceiro é responsável pelos seus atos, tal como se fossem seus (*as if the behaviour had been that of the party*).

Na segunda hipótese, o terceiro envolvido na formação do contrato não o faz em representação ou com o consentimento de nenhuma das partes. A solução proposta é, por isso, diferente: os efeitos jurídicos da *fraud* apenas podem ser acionados se a contraparte conhecia ou devia conhecer os factos relevantes ou ainda se, até ao momento da anulação (*avoidance*) do contrato, a contraparte ainda não agiu em função do contrato (*has not acted in reliance on the contract*).

4.4. Efeitos

A *fraud* é fundamento de anulabilidade do contrato, nos termos do artigo II.-7:205 (1), bem como do direito ao ressarcimento dos danos, nos termos do artigo II.-7:214.

127 BAR & CLIVE (2009), p. 515.

A possibilidade de obter ressarcimento, independentemente de o contrato ser ou não anulado, está explicitamente determinado no artigo II.–7:214 (1), o que revela o carácter cumulativo ou alternativo dos meios de reacção.

Na sua veste de *misrepresentation*, a *fraud* é igualmente fundamento de responsabilidade extracontratual nos termos do artigo VI.–2:210.

Não é admissível a exclusão ou limitação contratual da anulabilidade do contrato ou a indemnização por *fraud*. O comportamento fraudulento, enquanto conduta concretizadora de má-fé, não é justificável, não podendo ser afastados ou restringidos os seus efeitos jurídicos por vontade das partes (cf. artigo II.–7:215).

4.4.1. Anulabilidade do contrato (*avoidance*)

O contrato que tenha sido celebrado em virtude de uma falsa representação da realidade (*misrepresentation*) ou da omissão de informação (*non-disclosure*) fraudulenta é anulável (*may be avoided*), nos termos do artigo II.–7:205 (1).

A legitimidade para anular o contrato pertence a quem foi induzido a contratar, em resultado da ação ou omissão da sua contraparte, nos termos do mesmo artigo II.–7:205 (1).

A anulação do contrato com base em vício da formação do contrato opera por mera notificação à contraparte, conforme o disposto no artigo II.–7:209, não sendo necessário recorrer a um tribunal para o efeito. É, todavia, admissível que certa conduta seja considerada equivalente a uma notificação, desde que manifeste inequivocamente perante a contraparte que a parte com legitimidade para anular o contrato já não se considera por ele vinculada¹²⁸. É ainda possível invocar em tribunal a anulabilidade do contrato como defesa de uma ação para cumprimento do contrato, desde que dentro dos limites temporais para a sua arguição¹²⁹.

Não existe um prazo determinado para o exercício do direito de anulação do contrato por *fraud*. De acordo com o regime previsto no artigo II.–7:210, a comunicação de anulação do contrato apenas produz efeitos se for feita num *prazo razoável*, tendo em conta as circunstâncias em concreto. O DCFR dispõe, desta forma, de um regime flexível e que promove a segurança jurídica, na medida em que evita o decurso de longos prazos após a celebração do contrato, sempre salvaguardando os interesses do *deceptus*, pois apenas a partir do conhecimento dos «factos relevantes» se iniciará o decurso do período para anulação do contrato.

128 BAR & CLIVE (2009), p. 518.

129 BAR & CLIVE (2009), p. 519.

Tendo em conta que o contrato é anulável por iniciativa da parte que foi defraudada, é igualmente seu direito manter o contrato, confirmando-o nos termos do artigo II.-7:211. A confirmação apenas pode ser exercida por quem tem direito a anular o contrato, depois do início do decurso do prazo para anulação do contrato, ou seja, após o conhecimento ou a cognoscibilidade dos factos relevantes para a anulação (cf. artigo II.-7:210). A confirmação pode ser expressa ou tácita – por exemplo, através do uso continuado dos bens adquiridos pelo contrato –, e, assim que seja exercida a confirmação, o direito de anular (*avoid*) é excluído.

Os efeitos da anulação do contrato (*avoidance*) estão previstos no artigo II.-7:212 (*effects of avoidance*). O contrato anulável que não tenha sido anulado mantém a sua validade até, eventualmente, o ser. Mas, uma vez anulado, a invalidade tem eficácia retroativa e opera desde o início do contrato, tal como se não tivesse sido celebrado¹³⁰. A retroatividade implica que sejam restituídas as prestações já efetuadas ou, se a restituição já não for possível, o montante pecuniário equivalente. O regime aplicável ao direito à restituição é o previsto para o enriquecimento injustificado, constante do Livro VII, nomeadamente o Capítulo 5, que determina as regras para a restituição do enriquecimento.

Por sua vez, o parágrafo 3 do artigo II.-7:212 remete a determinação dos efeitos quanto ao direito de propriedade (*ownership*) para as regras sobre a transmissão do direito de propriedade, que são designadamente reguladas pelo Livro VIII do DCFR (*Acquisition and loss of ownership of goods*), se de bens móveis se tratar. Aponta-se, por ter especial relevo, para o artigo VIII.-2:202, e em particular o parágrafo 2 que estabelece, nomeadamente, o regime dos efeitos em caso de anulação subsequente do contrato. Dispõe a norma que, em caso de anulação do contrato ao abrigo do Capítulo VII do Livro II após a transmissão do direito de propriedade, o direito de propriedade é considerado como se nunca tivesse sido transmitido (efeito retroativo).

Nos termos do artigo II.-7:213, se a conduta fraudulenta afetar apenas uma parte do contrato, o direito à anulação é parcial, limitando-se aos termos que se encontram inquinados pela falsa representação da realidade, salvo se não for razoável a manutenção da vigência do contrato.

Aquele que pretender a anulação integral do contrato caberá provar por que motivo não é razoável a manutenção do restante contrato, mas considera-se que a presença de um comportamento fraudulento para incitar à contratação pode ser motivo bastante para a anulação integral do contrato.¹³¹

¹³⁰ BAR & CLIVE (2009), p. 524.

¹³¹ BAR & CLIVE (2009), p. 527. V. ainda ANTONIOLLI & VENEZIANO (2005), que defendem, em comentário à norma equivalente dos PECL, i.e., o artigo 4:107, que a *fraud* incidental, ou seja, a situação em que

4.2.4. Indemnização (*damages*)

O titular do direito à anulação do contrato tem o direito ao ressarcimento dos danos que tenha sofrido em consequência da conduta fraudulenta da contraparte, seja cumulativa ou alternativamente à anulação do contrato, e mesmo que o direito à anulação já tenha caducado em virtude do decurso do tempo ou da confirmação do negócio [cf. artigo II.–7:214(1)].

O direito ao ressarcimento de danos em consequência da *fraud* tem como requisito que a contraparte conhecesse ou devesse ter conhecido o vício que fundamenta a anulabilidade, ou seja, da falsa representação da realidade ou da omissão de informação de índole fraudulenta.

O valor da indemnização é, neste caso, calculado com referência à colocação do lesado na situação em que estaria se o contrato não tivesse sido celebrado, correspondendo ao conceito de interesse contratual negativo (v. parágrafo 2 do artigo II.–7:214, primeira parte). Mas se a indemnização não for cumulada com a anulação do contrato, seja porque não o pretende ou porque (já) não reúne os pressupostos para a anulação, o montante da indemnização não poderá exceder o valor do dano que foi causado pela conduta fraudulenta (v. parágrafo 2 do artigo II.–7:214, segunda parte). Esta limitação impede que o *deceptor* transfira para a outra parte perdas não resultantes do fundamento da anulação, como por exemplo das que resultem da perda de valor de um bem¹³².

São considerados para efeitos de cálculo da indemnização tanto os danos patrimoniais como os não-patrimoniais, bem como os danos de perda de oportunidade¹³³.

À indemnização por danos decorrentes da *fraud*, são subsidiariamente aplicáveis as normas relativas ao regime da indemnização por responsabilidade contratual, que podem ser encontradas no Capítulo 3 (*Remedies for non-performance*), secção 7 (Damages and interest), do Livro III (*Obligations and corresponding rights*) do DCFR.

Merece ainda referência, como via de ressarcimento de danos, o artigo VI.–2:210, com a epígrafe «*Loss upon fraudulent misrepresentation*». Esta norma pertence ao livro que regula a responsabilidade extracontratual (*Non-contractual liability arising out of damage caused to another*).

Dispõe este artigo que os danos decorrentes de uma falsa representação da realidade que seja fraudulenta, sejam eles causados por palavras ou condutas, são juridicamente relevantes, para os efeitos de responsabilidade

o contrato teria sido concluído em termos diferentes se a conduta ilícita não tivesse ocorrido, pode dar lugar à cessação do contrato, visto que o *deceptor* não tem direito a uma proteção da sua situação jurídica.

132 Embora respeitante ao correspondente artigo 4:117 dos PECL, v. MOTA PINTO (2008), p. 1181.

133 BAR & CLIVE (2009), p. 530.

extracontratual. Entende-se que esta responsabilidade é cumulável com a prevista no artigo II.-7:214, na medida em que o artigo VI.-1:103 prevê que a responsabilidade extracontratual, regulada por aquele Livro VII, não afeta outros mecanismos de tutela dos direitos (*remedies*) previstos na lei.

Note-se que este artigo convoca e transcreve, no parágrafo 2, o conceito de falsa representação da realidade (*misrepresentation*) do artigo II.-7:205, mas não o da omissão de informação (*non-disclosure*), deixando transparecer que a modalidade negativa da *fraud* não consubstancia um ilícito extracontratual.

5. Conclusões

Os institutos jurídicos objeto de análise comparativa foram o regime do dolo ilícito como vício da vontade da declaração negocial no ordenamento jurídico português, o regime da *fraudulent misrepresentation* no direito inglês e o regime da *fraud* nos contratos no DCFR.

SMITS aponta que os regimes destes institutos, no direito dos países de *civil law* e no direito inglês, têm pontos de partida diferentes¹³⁴. Se nos primeiros o regime do dolo se desenvolve pela perspectiva da parte que se encontra em situação de erro, devido à intenção de a parte se vincular ser um elemento essencial do contrato que deve ser formada de modo são, o direito inglês constrói o seu regime da perspectiva da parte que causa o erro. Decorre desta diferente abordagem que os países da *civil law* tradicionalmente dão relevância a três tipos de vícios que afetam a vontade – o erro, o dolo e a coação –, ao passo que o direito inglês exige uma falsa representação da realidade (*misrepresentation*), seja por ação ou, em casos excecionais, por omissão, para que o contrato possa ser invalidado.

O conceito de dolo ilícito do sistema português comporta, em si mesmo, diferentes modalidades que partilham o mesmo regime jurídico. Porém, tal não sucede nos sistemas em confronto. Se, no direito inglês, a figura que incorpora o vício da vontade correspondente ao erro promovido por outrem para a celebração de um contrato é a *fraudulent misrepresentation*, este instituto fica aquém, quanto ao seu âmbito de aplicação, do instituto do dolo e da *fraud*, designadamente no que respeita às suas modalidades negativas. Por forma a abarcar o vício na sua veste omissiva, é necessário invocar o regime da *non-disclosure*, um instituto autónomo, com um limitado âmbito de aplicação a certos contratos, onde a relação de confiança entre as partes impõe especiais deveres

134 SMITS (2014), p. 160.

de informação, mas que não é genericamente aplicável às relações jurídicas contratuais¹³⁵.

Por outro lado, a intervenção de terceiros na formação do contrato, enquanto sujeitos promotores do vício da vontade, encontra-se regulada no direito português no artigo 254.º, n.º 2, e no DCFR, no artigo II.–7:208. Ambos os regimes preveem a possibilidade de um contraente invalidar o contrato se a contraparte estiver envolvida na viciação do contrato (ou dela devesse ter conhecimento), ou ainda, no caso do DCFR, se a parte ainda não atuou em função do contrato. O regime inglês acaba por, também neste aspeto do regime, se mostrar mais conservador, sendo a intervenção de terceiro apenas excecionalmente motivo de cessação do contrato.

A prevalência da proteção da confiança da contraparte na existência (e vinculatividade) do contrato, característica do direito inglês, acarreta certas restrições aos fundamentos da cessação do contrato, o que se verifica nestas disparidades de regime.

Marca-se ainda a ausência do *dolus bonus* no DCFR, o que se compreende pela escassa relevância jurídica a que os sistemas português e inglês o acometem.

Quanto aos efeitos, em todos os sistemas são facultados dois tipos de mecanismos típicos de reação: por um lado, a cessação do contrato por livre iniciativa do *deceptus*, por outro, o direito ao ressarcimento dos danos sofridos em resultado da viciação do contrato.

No que respeita ao regime da invalidade do contrato, o direito de anular é exclusivo e discricionário do *deceptus* e a eficácia é, em todos os casos, retroativa, havendo obrigação de restituição do prestado. Todavia, o direito inglês apenas admite a restituição *in integrum*, ficando a invalidade do contrato vedada se deixar de existir esta possibilidade.

As diferenças no regime da invalidade surgem ainda quanto ao prazo (determinado, no direito português, sujeito a um critério de razoabilidade, nos outros sistemas) e à forma de promover a anulação do contrato (judicialmente, no direito português; através de notificação, conduta, ou judicialmente nos outros sistemas).

O ressarcimento dos danos tem por fundamento principal a responsabilidade pré-contratual no direito português (artigo 227.º, do CC), e uma forma de responsabilidade por vícios do contrato no DCFR (artigo II.–7:214, do DCFR). Ambos os sistemas possibilitam igualmente que a indemnização seja fundada em responsabilidade civil extracontratual, respetivamente nos termos do artigo 483.º, do CC e do artigo VI.–2:210, do DCFR.

135 No DCFR o conceito de *non-disclosure* (assim como o de *misrepresentation*) não é utilizado para designar um instituto autónomo ao da *fraud*, mas sim no sentido comum e descritivo de omissão de informação.

Já no direito inglês, o fundamento principal da responsabilidade é delitual, através do *tort of deceit*, sem prejuízo de eventual responsabilidade contratual (*termination for breach of contract*), se a ela puder haver lugar.

Ainda que se conclua que os efeitos jurídicos do vício em análise são semelhantes, conferindo tanto o direito a fazer cessar o contrato como a obter indemnização, não se pode ignorar que apenas muito recentemente passou a ser possível obter ressarcimento pelos danos sofridos por via da responsabilidade pelo ilícito do engano (*tort of deceit*) com base em omissão de informação.

Importa ainda notar que em nenhum dos três sistemas se afigura admissível a exclusão ou limitação da responsabilidade por condutas dolosas ou fraudulentas.

Por fim, refere-se o princípio da boa fé como enformador do direito dos contratos português, e que foi também adotado no direito dos contratos europeu, mas que não é, em geral, reconhecido no direito inglês, em especial no regime do silêncio ou da omissão de informação.

Mas não se pode deixar de constatar que se existe um instituto no direito inglês que se aproxima em larga medida das exigências performativas da boa fé é o instituto da *misrepresentation*, justificando-se, desta forma, as semelhantes soluções que em larga medida aproximam os três sistemas: um de raiz romano-germânica, um de *common law*, e um terceiro de convergência a nível europeu. Recordem-se as palavras de Lord Ackner em *Walford v. Miles* (1992): «*the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations.*» O regime da *misrepresentation* fraudulenta parece consubstanciar, até nas perspetivas mais conservadoras, um limite à tradicional relutância do direito inglês na relevância da boa fé.

Tabela comparativa

	Modalidades relevantes	Requisitos de relevância	Invalidade	Indemnização
Direito português	– Dolo positivo – Dolo negativo (se houver obrigação de informar) – Dolo bilateral – Dolo de terceiro – Dolo incidental – Com benefício para terceiro	– O declarante está em erro – O declaratório recorreu a sugestão ou artifício com intenção ou consciência de induzir ou manter em erro – O dolo é determinante do erro – O erro é determinante do contrato	<u>Regime geral: anulabilidade (art. 254.º)</u> – Eficácia retroativa (289.º) – Invocável em sede judicial pelo <i>deceptus</i> (287.º e 254.º, n.º 1) – 1 ano após conhecimento ou sem prazo se não estiver cumprido (287.º) – Pode ser confirmado (288.º) Regime especial do dolo incidental ou com benefício para terceiro: anulabilidade parcial, com redução do contrato (292.º)	<u>Responsabilidade civil pré-contratual:</u> – Artigo 227.º – Cumulativamente ou independentemente da anulação do contrato – Ressarcimento correspondente ao interesse contratual negativo – Danos emergentes, lucro cessante e perda de oportunidade
Direito inglês	– <i>Fraudulent misrepresentation</i> – <i>Non disclosure</i> (excepcionalmente, contratos <i>uberrima fidei</i> e quando informação prestada deixar de ser verdadeira) – De terceiro (excepcionalmente, se terceiro for representante ou se declaratório tinha conhecimento: <i>Weir v. Bell</i>, 1878, e <i>Barclays Bank Plc v. O'Brien</i>, 1994) – Em certos termos do contrato (<i>Curtis v. Chemical Cleaning & Dyeing Co</i>, 1951) – <i>Negligent misrepresentation</i>	– Representação falsa da realidade, de facto ou de direito (<i>Pankhania v. London Borough of Hackney</i>, 2004) – Palavras, ações, sinais corporais (<i>Walters v. Morgan</i>, 1861) – Relevantes (<i>material</i>) e determinantes da decisão de contratar (<i>reliance</i>) (<i>JEB Fasteners v. Marks Bloom & Co</i>, 1983) – Consciência da falsidade (<i>Derry v. Peak</i>, 1889) com objetivo de fazer contratar	<u>Avoidance (anulabilidade):</u> – Eficácia retroativa, obrigatoriamente através de <i>restitutio in integrum</i> – Opera por notificação à contraparte ou conduta inequívoca (<i>Car and Universal Finance Co Ltd v. Caldwell</i>, 1961) – Invocável em prazo razoável após conhecimento do vício (<i>Rolfe v. Gregory</i>, 1865) – Pode ser confirmado (<i>Mothew v. Bristol v. West Building Society</i>, 1998) Excepcionalmente, apenas em certos termos do contrato (<i>Curtis v. Chemical Cleaning & Dyeing Co</i>, 1951)	<u>Indemnização pelo ilícito do engano (<i>damages in tort; tort of deceit</i>):</u> – Cumulativamente ou independentemente da anulação do contrato – Ressarcimento correspondente ao interesse contratual negativo – Danos patrimoniais, lucro cessante, mas não a expectativa de lucro (<i>East v. Mauer</i>, 1991)

DCFR	– <i>Fraud</i> por representação falsa da realidade – <i>Fraud</i> por omissão de informação [se houver obrigação de informar: artigo II.–7:205 (3)] – De terceiro (artigo II.–7:208) – <i>Fraud</i> em certos termos do contrato (artigo II.–7:213)	– Representação falsa da realidade, de facto ou de direito – Consciência da falsidade da declaração – Intenção de induzir em erro [artigo II.–7:205 (2)] – Celebração pelo <i>deceptus</i> foi consequência da falsa representação da realidade (<i>reliance</i>)	<u>Avoidance (anulabilidade)</u>: – Opera por notificação à contraparte (artigo II.–7:209), conduta inequívoca, ou como defesa em sede judicial – Eficácia retroativa (artigo II.–7:212) – Invocável em prazo razoável após conhecimento ou cognoscibilidade (artigo II.–7:209) – Pode ser confirmado (artigo II.–7:211) Se afetar certos termos do contrato, a anulabilidade é parcial, salvo se não for razoável mantê-lo (artigo II.–7:213)	<u>Damages for loss</u>: – artigo II.–7:214 – Cumulativamente ou independentemente da anulação do contrato – Ressarcimento correspondente ao interesse contratual negativo – Danos patrimoniais, não patrimoniais e perda de oportunidade
------	---	--	---	---

Bibliografia

- ANDREWS, Neil (2016). *Contract Rule: Decoding English Law*, Intersentia.
- ANTONIOLLI, Luisa, & VENEZIANO, Anna (Eds.) (2005). *Principles of european contract law and italian law*, The Hague: Kluwer Law International.
- ATYIAH, Patrick S. (1982). *An Introduction to the Law of Contract*, 5th edn, Oxford: Clarendon Press.
- BAKER, John (2019). *An Introduction to English Legal History*, 5th edn, Oxford: Oxford University Press.
- BAR, Christian von, & CLIVE, Eric (Eds.). (2009). *Principles, definitions and model rules of european private law: draft common frame of reference (DCFR)*, Full ed., Vol. I, Munich: Sellier. European Law Publishers.
- BEALE, Hugh (2012). *Mistake and non-disclosure of facts: Models for English Contract Law*, Oxford: Oxford University Press.
- BEATSON, Jack, BURROWS, Andrew, & CARTWRIGHT, John (2010). *Anson's Law of Contract*, Oxford: Oxford University Press.
- CARTWRIGHT, John (2007). *Contract law: an Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford: Hart Publishing.
- CARVALHO, Jorge Morais (2016). *Os limites à liberdade contratual*, Coimbra: Almedina.
- DALHUISEN, J. H. (2000). *Dalhuisen on international commercial, financial and trade law*, Oxford: Hart Publishing.

- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos (2005). *Contratos I*, 3rd edn, Coimbra: Almedina.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos (2017). *Contratos V*, Coimbra: Almedina.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos & CARVALHO, Jorge Morais (2016). *Introdução ao direito to comparado*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina.
- GALVÃO TELLES, Inocêncio (2010). *Manual dos contratos em geral*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald (2012). *A Parte Geral do Código Civil Português*, Coimbra: Almedina.
- MAK, Elaine (2013). *Judicial Decision-Making in a Globalised World*, Hart Publishing.
- MARSH, P. D. V. (1994). *Comparative Contract Law: England, Grance, Germany*, Hampshire: Gower Publishing.
- McKENDRICK, Ewan (2013). *Contract Law: Text, Cases, and Materials. Contract Law: Text, Cases, and Materials*, 3rd edn, Oxford: Oxford University Press.
- MENEZES CORDEIRO, António (2014). *Tratado de Direito Civil*, Vol. II, *Parte Geral: Negócio Jurídico*, Coimbra: Almedina.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto (1999). *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- MOTA PINTO, Paulo (2008). *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora.
- MOTA PINTO, Paulo (2018). *Direito Civil – Estudos*, 1.^a ed., Coimbra: Gestlegal.
- O’SULLIVAN, Janet, & HILLIARD, Jonathan (2012). *The Law of Contract*, 5th edn, Oxford: Oxford University Press.
- PINTO MONTEIRO, António (2003). *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina.
- PIRES DE LIMA, Fernando, & ANTUNES VARELA, João (1987). *Código Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.
- PRATA, Ana (1985). *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*, Coimbra: Almedina.
- PRATA, Ana (2005). *Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual*, Coimbra: Almedina.
- PRATA, Ana (Ed.) (2017). *Código Civil Anotado*, Coimbra: Almedina.
- SANTOS JUSTO, António (2000). *Direito Privado Romano*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.
- SILVA, Eva Sónia Moreira da (2010). *As Relações entre a Responsabilidade Civil Pré-Contratual por Informações e os Vícios da Vontade (Erro e Dolo): o Caso da Indução Negligente em Erro*, Coimbra: Almedina.
- SMITS, Jan M. (2014). *Contract Law: A Comparative Introduction*, Cheltham: Edward Elgar Publishing.
- TREITEL, Guenter (1995). *The law of contract*, 9th edn, London: Sweet & Maxwell.

VARELA, João Antunes (2003). *Das Obrigações em Geral* – Volume I, Coimbra: Almedina.

VASCONCELOS, Pedro Pais de (2010). *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Almedina.

ZWEIGERT, Konrad, & KÖTZ, Hein (1998). *An Introduction to Comparative Law*. (Tony Weir, Trans.), 3rd edn, Oxford University Press.

