

CRITÉRIOS E LIMITES DO DEVER DE INFORMAÇÃO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL

Bárbara Gadig¹

Resumo: A obrigação como uma relação jurídica impõe deveres entre os contratantes na fase pré-contratual. Da boa fé surgiu a doutrina dos deveres acessórios ou secundários. Faremos um esforço de análise a respeito do tema do dever acessório de informação e traçaremos alguns limites e critérios para sua aplicação na fase pré-contratual. O direito alemão nos guiará em parte desta reflexão, que analisará a sistemática da boa-fé e o dever acessório de informação que dela decorre.

Palavras-Chave: Boa-fé; contratos; deveres acessórios; dever de informar; dever de se manter informado.

Abstract: The obligation imposes duties that contractors must comply and fulfill in precontractual stage. From good faith arises the doctrine of accessory or secondary duties. We intend to analyze the subject of the accessory duty of information and draw some limits and criteria for its application in the precontractual phase. Guided by the German doctrine and development in German Law, we intend a reflection of good faith's systematic and the duty of information.

Keywords: Good Faith; contract; accessory duties; duty to

¹ Doutoranda em Direito Comercial (Universidade de São Paulo). Doutoranda em Ciências Jurídico-Civis (Universidade de Lisboa). Períodos de investigação no Max-Planck Institute for International and Comparative Private Law. Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Civil. Curso de Extensão em Direito Internacional Privado Comparado na Bucerius Law School (Hamburgo). Professora convidada pelo programa de pós-graduação da Universidade Federal do Pernambuco (UFPE), e da Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos). Advogada.

inform; duty to be kept informed.

1. INTRODUÇÃO



exercício de um direito não pode lesar a posição de terceiros. Assim, nas palavras de Franz Wieacker “somente a própria fidelidade jurídica pode exigir fidelidade jurídica”². A aquisição de direito de má fé esbarra no fundamento ético da regra de ouro: “não fazer aos outros aquilo que não gostaria que lhe fizessem”³. Nesta esteira, a boa fé se impõe como regra de conduta no exercício das posições jurídicas. Da boa fé decorrem os deveres de lealdade e informação, consagrados de forma ampla e recepcionados no instituto da *culpa in contrahendo*⁴. Embora na fase pré-contratual os deveres decorrentes de boa fé sejam distintos, fato é que correspondem aos mesmos vetores e devem ser observados⁵.

² WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Trad. José Luiz Carro. Madrid: Civitas, 1977, p. 66.

³ WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Trad. José Luiz Carro. Madrid: Civitas, 1977, p. 67; REINER. *Die goldene Regel, Zeitsch. F. philosopf. Forschung III*. [S.l.]: [s.ed.], 1948-1949, p. 74 e ss; BRUNNER. *Zur Funktion der Gleichheit in der menschlichen Gerechtigkeit*. Zurich: [s.ed.], 1949, p. 15 e ss.

⁴ A culpa *in contrahendo* determina a responsabilidade pré-contratual e ocorre quando alguma das partes, nas negociações preliminares ou na formação do contrato, fere os deveres gerais de correção, sinceridade, informação, lealdade, contrariando a boa fé na fase pré-contratual e causando danos à outra parte por violação da confiança. Possui profundo embasamento ético. Surgiu na Alemanha por “revelação” dos estudos de JHERING, num trabalho publicado em 1861, e acolhido pela doutrina pandectista. Entretanto, não está expressamente referida no BGB, não obstante a jurisprudência alemã a tenha recepcionado. Em França não está consagrada; na Itália o artigo 1337 do *Codice Civile* a prestigiou. Em Portugal está expressamente prevista no artigo 227.º/1 do Código Civil; no Brasil, o Código Civil de 1916 não a previa, porém o Código de 2002 explicitou-a no artigo 422, que se relaciona com os artigos 186, 187, 421 e 927. VELOSO, Zenó. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 336-339.

⁵ Sobre o desenvolvimento dos deveres da proteção na fase pré-contratual, as diferenças sobre responsabilidade contratual e aquiliana e suas divergências doutrinárias, ver CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina,

A boa fé reconduz a padrões ético-jurídicos nas condutas relevantes para o Direito, conformando seus pressupostos factuais de correção, sendo aplicada às realidades jurídicas de diversas maneiras à luz das especificidades que lho são subjacentes⁶. Ainda que o ordenamento não defina uma regra geral para o que significa a *boa fé*, o seu postulado normativo remete para normas que visam adequar padrões éticos, tutelando interesses subjacentes que, ao legislador, não seria dado depreender previamente dada a enormidade de situações individualizadas existentes⁷.

O princípio da boa-fé serve, também, para integrar e especificar o que Wieacker⁸ qualifica como *officium iudicis* permitindo, portanto, a elaboração de normas implícitas de *dever ser*⁹. Ou seja, atua como uma via para a adequada valoração pelo juiz do plano do legislador¹⁰. Na boa-fé objetiva está em causa uma regra de atuação, um modo de agir imposto de forma heterónoma, dito de “boa-fé” e que deve ser considerado na atuação das pessoas¹¹. Não obstante as diversas formas em que a boa-fé

1997, p. 623 e ss, p. 641.

⁶ Os elementos comuns aos enunciados permitem a percepção de um sentido nuclear na boa fé através da redução de elementos consoante o domínio da aplicação e previsão da norma, que determina a boa fé como um princípio que integra o ordenamento jurídico. Sobre o desenvolvimento da boa fé e a primeira sistemática, relevante ter em conta que semelhante raciocínio a fundamentou, por meio de um processo de reunião de temas consoante semelhanças exteriores. CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 187 e ss.

⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1186.

⁸ WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Trad. José Luiz Carro. Madrid: Civitas, 1977, p. 52 e ss. Segundo o autor o § 242 do BGB, que trata a boa fé, se traduz num *officium iudicis* que permite, tanto em sua conceção histórica como dogmática, converter todas as pretensões jurídico-obrigacionais, em *bonae fidei iudicia*.

⁹ GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. Trad. Edson Bini, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 231. O autor aduz que a expressão “integração do direito”, na sua compreensão estrita, designa a elaboração de normas implícitas.

¹⁰ WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Trad. José Luiz Carro. Madrid: Civitas, 1977, p. 52.

¹¹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Vol. I. 2. ed.

objetiva surge, em todas está em causa uma regra de atuação. Nas palavras de Menezes Cordeiro: “Em Direito, quem diz *regras de actuação* diz *regras de proibição*”¹².

As noções acabadas de apresentar denotam um esforço na concretização da boa-fé em situações materiais que carecem de fortalecimento. A primeira busca a *conformidade material das condutas* e prima pelo fortalecimento das normas constitutivas que regulam determinada situação quando as regras existentes forem insuficientes para tutelar o bem jurídico protegido. A complementação ou fortalecimento destas normas é mister quando não tenham sido formuladas de modo claro¹³. A primazia da materialidade subjacente conduz o sistema a articular-se melhor, possibilitando a melhora da interpretação e aplicação das normas, o que é fundamental num sistema em que, por vezes, não são claras o suficiente¹⁴. Assim, a boa-fé funciona como uma maneira para articular o sistema com sua periferia.

Diante das implicações da boa-fé no sistema jurídico surgiram os deveres acessórios e, dentro da doutrina dos deveres acessórios, o dever de informação. Trataremos o tema dos deveres acessórios nesse artigo com o intuito de, à luz da boa fé nas relações pré-contratuais, compreender os limites do dever acessório de informação.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO DOS DEVERES ACESSÓRIOS À LUZ DA BOA FÉ

A doutrina dos deveres acessórios foi desenvolvida e

Coimbra: Almedina, 2000, p. 228.

¹² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Vol. I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 229.

¹³ CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1252.

¹⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Vol. I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 239.

aperfeiçoada por autores alemães que, inicialmente, perceberam que não basta a tutela apenas dos bens jurídicos, também é necessário que haja deveres de conduta e proteção das partes nas relações contratuais¹⁵. A boa-fé possui como uma de suas principais funções, a de proteger e reparar o direito positivo; valora as circunstâncias do caso e possibilita uma melhor análise da situação em concreto, se é ou não censurável à luz dos vetores e padrões relativamente ao comportamento das partes na fase pré-contratual, bem como no cumprimento dos contratos¹⁶.

O desenvolvimento da doutrina dos deveres acessórios foi reforçado por decisões jurisprudenciais na Alemanha, o que levou a que os deveres fossem contemplados na reforma do BGB¹⁷. O conteúdo destes deveres e seus critérios de aplicação, relacionam-se tanto na perspetiva da proteção da confiança, quanto da primazia da materialidade subjacente. Em tais hipóteses, estarão em causa os deveres de segurança que as partes estão adstritas na fase pré-negocial e que estão radicados na boa fé objetiva.

Os deveres acessórios têm diversas tipificações, sendo a mais relevante a tripartição feita por Menezes Cordeiro em deveres de proteção, esclarecimento e lealdade¹⁸. Entretanto, esta classificação não é incompatível com a sobreposição feita pelo mesmo autor quando, não obstante mantenha a distinção supra, também traça uma outra que decorre do círculo interno e externo

¹⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Vol. II. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2009, p. 470.

¹⁶ Díez-Picazo, L. no Prólogo à introdução do livro de FRANZ WIEACKER. *El principio general de la buena fé*. Trad. José Luiz Carro. Madrid: Civitas, 1977, p. 10.

¹⁷ Foi acrescentado ao §241 do BGB um n.º 2, segundo o qual: “A relação obrigacional pode obrigar, de acordo com seu conteúdo, cada parte à consideração pelos direitos, pelos bens jurídicos e pelos interesses da outra”. Tradução livre.

¹⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 604 ss, em que o autor triparte os deveres acessórios em “proteção, esclarecimento e lealdade”. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Vol. II. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2009, p. 481, obra em que o autor designa por “informação, lealdade e segurança”.

dos deveres acessórios¹⁹.

No círculo interno tais deveres visam “o reforço e a substancialização do dever de prestar”, que se desdobra nos deveres de informação e lealdade do contrato, e no círculo externo, os “deveres dirigidos aos interesses circundantes e colaterais” compreendendo nessa noção a “integridade patrimonial, pessoal e moral”, relacionando-os aos deveres de lealdade em geral²⁰.

A segunda classe de divisão dos deveres acessórios demonstra mediatamente a ligação entre os deveres subsumíveis a cada categoria e suas consequências em cada regime. Vale ressaltar que os deveres acessórios se distinguem dos deveres de prestação. Enquanto os deveres de prestação visam a satisfação do interesse do credor no que diz respeito a prestação em si, os deveres acessórios visam a satisfação de ambas as partes, bem como do credor na integralidade da prestação e, além disso, os seus interesses colaterais²¹. A descrição que acabamos de fazer tem lugar para o segundo passo, qual seja, a compreensão do dever de informação na fase pré-contratual.

3. DEVER DE INFORMAÇÃO E CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL

O dever acessório de informação surge relacionado com a colaboração e proteção do interesse tanto dos contratantes quanto de terceiros que possam estar relacionados com o negócio jurídico. Assim, pode ser objeto da obrigação principal, do dever de prestar, quando necessário para que o interesse à prestação possa ser satisfeito²², ou quando decorre de uma relação

¹⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Vol. II. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2009, p. 481.

²⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Vol. II. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2009, p. 478.

²¹ Sobre as distinções entre deveres acessórios e deveres de prestação, ver CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Vol. II. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2009, p. 478-480.

²² Referimos aqui o caso do contrato de seguros, em que há dever de informar tanto

de fidúcia, tal como entre advogado e cliente, e nessa perspetiva integra um dever, mas então estaremos diante de um dever de aconselhamento, diferente em espécie do dever de informação²³.

Distinguem-se dos deveres de transmissão de informação, que se dividem entre deveres de esclarecimento (*Aufklärungspflichten*) e deveres de informação (*Auskunftspflichten*). A diferença ocorre no âmbito da obrigatoriedade das partes, ou seja, se existe ou não um dever de comunicar fatos relevantes ao respetivo sujeito para quem a informação seria relevante²⁴.

Nesta esteira, o dever acessório de informação surgirá noutra perspetiva, qual seja, apontará para a proteção do interesse das partes na fase pré-contratual, situação em que ainda não existe uma relação na qual se correlacione direito e dever de prestar. Neste âmbito a informação surge como uma tutela do interesse das partes, numa relação assente no amparo do consentimento. Desempenha a função de possibilitar a higidez da declaração negocial, a confiança e a expectativa das partes, bem como a possibilidade de avaliação dos riscos decorrentes daquele negócio²⁵.

Numa formulação mais detalhada, os critérios de aplicação dos deveres de informação variam consoante a situação e o interesse subjacente. Estas distinções permitirão clarificar a gradação do dever de informar, variando consoante o caso, e

do segurado quanto da seguradora durante o contrato.

²³ Sobre a distinção entre informação, conselho e recomendação, vide obra de MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 14-17.

²⁴ Sobre esta distinção ver MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*. Coimbra: Almedina, 1989 p. 409 e ss; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Vol. II. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2009, p. 482; SILVA, Eva Sónia Moreira da. *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 22; OLIVEIRA, Nuno Manoel Pinto de. *Princípios de direito dos contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 188.

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 529.

apontando tanto para a possibilidade das partes de adquirirem a informação, quanto para a existência ou não de assimetria informativa que torne a informação um dever e não uma faculdade²⁶.

A doutrina alemã traz alguns critérios que devem ser relevados para o dever de informar entre as partes envolvidas num negócio jurídico. Estes critérios foram formulados por Martin Henssler²⁷ e podem ser circunscritos em: i) a falta ou desnível de informação entre as partes; ii) o cuidado que cada uma das partes depositou; iii) a potencial renúncia a informação; iv) o interesse próprio do devedor da informação; v) a intensidade e duração dos contatos negociais; vi) as características pessoais dos contraentes; vii) as causas dos possíveis riscos; viii) o caráter excepcional de fatores de risco e ix) o equilíbrio econômico do contrato.

Num contexto mais amplo, podemos referir também i) possibilidade de acesso à informação por cada uma das partes; ii) a existência de critério normativo, ou seja, a existência ou não de um dever legal²⁸ ou contratual de informação²⁹; iii) elementos fáticos objetivos relacionados com a disponibilidade das partes de aceitarem os riscos decorrentes dos erros pela falta de informação, tal como nos casos das relações interempresariais³⁰. Vale referir também as situações em que as partes assumem o

²⁶ É diferente o dever do médico de informar a um paciente acerca do prognóstico de uma doença rara, do comerciante de informar sobre o uso de um produto, das partes numa compra e venda, ou ainda de uma informação de interesse público. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 535.

²⁷ HENSSLER, Martin. *Haftung des Verkäufers wegen Informationspflichtverletzung beim Unternehmenskauf*, In: *Festschrift für Klaus J. Hopt, Unternehmen, Markt und Verantwortung*. Vol. I. Berlin: De Gruyter, 2010, p. 113 ss.

²⁸ KÖTZ, Hein. *European Contract Law*. 2. ed. Oxford: University Press, 2017, p. 178, a propósito do exemplo dos produtores que podem e devem informar os compradores adequadamente sobre o produtor, porque os custos de aquisição de informação serão muito mais custosos para os compradores, do que o são para os produtores.

²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 535.

³⁰ FORGIONE, Paula. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 531 e ss.

risco quando abrem mão da informação, ou seja, quando dispensam um cuidado prévio que poderiam ter adotado³¹.

Em todos os casos, a existência de um dever de informação depende, diretamente, da existência de razões relevantes para que a informação seja um *dever e* não uma *faculdade*. A regra, portanto, é a de que inexistente um dever amplo e irrestrito de informação até para que se possa preservar na fase pré-contratual a autonomia das partes de beneficiarem-se das informações que possuem³². Não existe um dever jurídico de prestação ilimitada de informação na fase pré-contratual, tal como refere, e bem, a doutrina alemã.

Um dever geral de informação na fase pré-contratual é incompatível com a oposição de interesses. Por vezes, a omissão de informações faz parte da estratégia negocial. Em regra, cada contratante deve acautelarse para suprir as informações que são necessárias para exprimir corretamente seu consentimento, e concretizar o negócio³³. A informação será um dever quando,

³¹ Como assinala Paulo Mota Pinto, trata-se de arrolar fatores que não são exaustivos e devem ser sopesados pelo intérprete consoante o caso concreto não sendo a solução determinada de modo fixo. PINTO, Paulo Mota. *Falta e vícios da vontade. O Código Civil e os regimes mais recentes*. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p. 489-490.

³² CABRAL, Rita Amaral. *A responsabilidade por prospecto e a responsabilidade pré-contratual*. In: *Anotação ao acórdão do Tribunal Arbitral, de 31 de Março de 1993*. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1995; CORDEIRO, António Menezes. CABRAL, Rita Amaral. *Aquisição de empresas – Vícios na empresa privatizada – Responsabilidade pelo prospecto – Culpa in contrahendo – Indemnização*. In: *Anotação ao acórdão do Tribunal Arbitral, de 31 de Março de 1993*. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1995, p. 125; VICENTE, Dário Moura. *Culpa na formação dos contratos*. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p. 270.

³³ ROTH, Günther. *anotação ao § 242 do BGB in Münchener Kommentar*. Vol. II. §242-432. 3. ed. Munchen: C. H. Beck, 1994, p. 158. Como aduz o autor, é natural a oposição de interesses, e no Sistema de Common Law, a inexistência de um dever de negociar de boa fé se justifica com base nessa disparidade. Diferente é a situação nos sistemas de Civil law, tal como Portugal, Alemanha, Itália e França, em que os contratos devem seguir conforme a ética e função social, buscando uma medida entre o interesse próprio e interesse alheio. In VICENTE, Dário Moura, *A responsabilidade pré-contratual no Código Civil Brasileiro de 2002*. In: *Estudos em honra de Ruy de*

legitimamente, a outra parte puder esperar ser informada na medida da tutela da boa-fé, e do interesse contratual das partes³⁴.

Nestes casos, o dever de informação torna-se mais complexo pois deriva do princípio da boa fé e vincula as partes na medida em que a expectativa da informação seja relevante sob o ponto de vista do negócio jurídico³⁵, ou seja, se a outra parte puder esperar legitimamente a informação, consoante a boa fé e as concepções dominantes do negócio jurídico³⁶.

A informação que as partes estão adstritas, e que contempla todos os danos que sua omissão possa causar, corresponde a um dever no que concerne aos aspetos relevantes do contrato, da dinâmica contratual e da livre negociação. As informações que são relevantes para preservar o interesse das partes

Albuquerque. Vol. I. Lisboa: FDUL, 2006, p. 318 e 319.

³⁴ KÖTZ, Hein. *European Contract Law*. 2. ed. Oxford: University Press, 2017, p. 177; LARENZ, Karl. WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 9. ed. München: C.H. Beck, 2004, p. 599, n. m. 22; ROTH, Günther. *anotação ao § 242 do BGB in Münchener Kommentar*. Vol. II. §242-432. 3. ed. München: C. H. Beck, 1994, p. 158; PALANDT/HEINRICHS. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 65. ed. München: C. H. Beck, 2006, anotação ao § 123, p. 95. n. m. 5 a 7; FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht, II. Das Rechtsgeschäft*, Belin, 4. ed. Berlin/Heidelberg/NewYork/London/Paris/Tokio/Hong/Kong/Barcelona/Budapest/Springer-Verlag, 1992, 1002, p. 541. Na doutrina portuguesa, por todos ver SILVA, Eva Sónia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. reimp. Coimbra: Almedina, 2006, p.79.; e na doutrina brasileira ver MARTINS-COSTA, Judith. *Um aspecto da obrigação de indenizar: Notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais no Direito Civil Brasileiro*. Revista dos Tribunais, vol. 867, São Paulo, jan/2008, p. 42.

³⁵ BROX, Hans. *Allgemeines Schuldrecht*. 25. ed. München: C.H. Beck, 1998, p. 44, n.m. 57. O autor acrescenta que o caso concreto apontará para o contrato em causa e o princípio da boa fé.

³⁶ Autores alemães que seguem esta linha de um dever de informação no âmbito do princípio da boa fé para situações que conduzam a responsabilidade na fase pré-contratual, quando um contraente pode, legitimamente, esperar uma informação consoante o comércio e seus costumes. Ver LARENZ, Karl. WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 9. ed. München: C.H. Beck, 2004, p. 611; FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht, II. Das Rechtsgeschäft*, Belin, 4. ed. Berlin/Heidelberg/NewYork/London/Paris/Tokio/Hong/Kong/Barcelona/Budapest/Springer-Verlag, 1992, p. 541; ROTH, Günther. *anotação ao § 242 do BGB in Münchener Kommentar*. Vol. II. §242-432. 3. ed. München: C. H. Beck, 1994, p. 158.

devem ser restringidas, sob pena de influenciar negativamente as vantagens do privilégio informativo e da concorrência do mercado³⁷. Sob este ponto de vista, a falta de determinadas informações deve servir de estímulo para que as partes adquiram-na por si³⁸.

4. INFORMAÇÃO E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Informação e lealdade na fase pré-contratual estão assentes na tutela da confiança. Permite que o consentimento extornado no contrato seja absolutamente permeado por informações verídicas e fundadas na legítima expectativa das partes. Assim, obrigam as partes a não falsearem ou desequilibrarem o objetivo do negócio³⁹.

³⁷ KÖTZ, Hein. *European Contract Law*. 2. ed. Oxford: University Press, 2017, p. 179. Exemplifica o A. com o exemplo do vendedor que trabalha numa cafeteria: Não existe o dever de informar os consumidores que outra cafeteria será aberta na próxima porta, pois esta é uma informação que o consumidor poderá adquirir por si. Há quem defenda um dever geral de informação, mas acrescenta como exemplo que o vendedor não deve informar que o produto que está prestes a vender possui valor de mercado superior ao praticado no comércio, ver PRATA, Ana. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2005, p. 49. Ainda nesta linha, Giuseppe Grisi pugna que deve haver um critério para o dever de informação, definindo limites para sua aplicação, evitando o comprometimento da liberdade de mercado e circulação de bens e mercadorias, que é proporcionado também pela vantagem informativa. GRISI, Giuseppe. *L'obbligo precontrattuale di informazione*. Napoli: Jovene Editore, 1990, p. 82-83.

³⁸ KRONMAN, Anthony T. "Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contract". 7. ed. [S.l.]: J. Leg. Stud. 1, 1978, p. 450-451; KÖTZ, Hein. *Precontractual Duties Disclosure from a Comparative and Economic Perspective*. [S.l.]: [s. ed.], 2000, p. 9, FABRE-MAGNAN, Muriel. *Duties of Disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis*. In: *Good Faith and Fault in Contract Law*. Edited by Jack Beatson and Daniel Friedmann. reimp. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 99.

³⁹ Nesta esteira, como apontamentos casuísticos, António Menezes Cordeiro cita as seguintes situações em que podem surgir deveres de atuação positiva: o dever de não-concorrência, de não celebração de contratos incompatíveis, de sigilo enquanto pendente a negociação para os casos em que a informação, se divulgada, possa ocasionar dano a outra parte. CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 606-607.

O dever de lealdade se impõe à luz da boa fé, não apenas como simples interpretação contratual, mas, antes, como uma exigência do sistema jurídico em seu todo. A subsunção dos deveres acessórios à boa fé permite acompanhar seu desenvolvimento teórico e prático que transcende o âmbito contratual. Os deveres acessórios têm, portanto, uma importância para lá do dever de prestar, encampando o dever de as partes preservarem-se mutuamente quanto aos danos que possam causar uma a outra no âmbito contratual⁴⁰.

Existem contratos em que a confiança regula a relação contratual e, nestes casos, pode ser expectável à parte confiar que a contraparte proverá determinadas informações relevantes para a formação do consentimento. Essa ideia se consubstancia no dever de informar com base na tutela da confiança que gera uma real expectativa na fase pré contratual. Sustenta Jacques Ghestin⁴¹ que a confiança do suposto credor da informação poderá fundar-se numa relação familiar, na qual supõe existir uma particular lealdade entre as partes. Contudo, diferente será a posição de um ex-cônjuge já divorciado.

Assevera Jorge Sinde Monteiro⁴² que nas relações contratuais em que os interesses são contraditórios, o nível de exigência de que a informação será prestada pela contraparte tende a ser menor, dado que os interesses são opostos e, portanto, o dever de informar termina na medida em que uma das partes não tem mais de se preocupar com os interesses da outra. A confiança é legítima, portanto, quando existente. Quando não há confiança entre as partes, não há o que tutelar.

Não podemos conceber a existência de um juízo generalizador da confiança que abrange situações usuais da vida, mas

⁴⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 615.

⁴¹ GHESTIN, Jacques. *Traite de droit civil. La formation du contrat*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 1993, p. 634-635.

⁴² MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 363.

sim de uma situação em que a confiança é razoável, quando não há possibilidade de alegar descuido do sujeito que confiou. A justificação parece assente numa atitude concreta de confiança, e não puramente numa crença na existência de uma relação de confiança⁴³.

Com isso queremos dizer que a tutela da confiança - decorrente da boa-fé e da qual sucedem os deveres acessórios, dentre eles o dever de informação - impõe uma legítima verificação de uma situação subjetiva de confiança e, para além, não pode isentar o credor da informação do ônus da autoinformação. Assim, a proteção da confiança não depende da infração de um dever de respeito à confiança alheia, mas sim da existência de uma situação de fato que a justifique⁴⁴.

A ideia é de que a confiança pressupõe certos fatores objetivos, e não pode ser obnubilada pela pura e simples crença na confiança, sob pena de, se concebida d'outra forma, esvaziar seu conteúdo, o que levará a uma justificativa de que toda falta de cuidado ocorreu em razão de uma certa ignorância "justificada" na relação de confiança existente entre as partes⁴⁵. Partindo desta premissa, não será legítimo abrir mão do cuidado na busca de informações na expectativa de que a contraparte espontaneamente as forneça.

5. CONCLUSÃO

A boa-fé exerce papel fundamental e norteador das relações contratuais. Seu conteúdo, por vezes, carece de densificação, o que cabe ao intérprete-aplicador consoante os vetores

⁴³ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*. reimp. da ed. de 2004. Coimbra: Almedina, 2007, p. 592.

⁴⁴ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*. reimp. da ed. de 2004. Coimbra: Almedina, 2007, p. 594.

⁴⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1248, nessa mesma linha relativamente a proteção da confiança, ver FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*. reimp. da ed. de 2004. Coimbra: Almedina, 2007, p. 592-593, nota 629.

sistemáticos. Ainda que com um conteúdo pouco denso dos valores que lhe subjazem, da boa-fé emana o dever de informação. Tal dever tem de ser sopesado à luz de critérios como assimetria informativa e a efetiva necessidade de especial proteção da parte que tem de ser informada para exarar seu consentimento.

Fora de um contexto em que efetivamente existe um dever de informação, as partes devem diligenciar por si todas as informações que são necessárias para exprimir seu consentimento de forma clara e informada, não sendo possível falar em um dever amplo e irrestrito de informação em todos os negócios jurídicos, considerando que as partes possuem interesses opostos⁴⁶. Na fase pré-contratual o dever de informação assenta na formação do juízo real sobre o negócio, ou seja, o bem jurídico visado é o consentimento informado e é nesta medida que a informação é devida como um dever de proteção na fase pré-contratual⁴⁷.

O “dever” correlaciona-se a direito, de modo que a todo dever corresponde um direito e a todo direito corresponde um dever⁴⁸, só podemos falar em dever quando decorre do aspecto legal, mas as consequências jurídicas daquele que tem o ônus não podem ser afastadas. Na doutrina portuguesa, no sentido de que o ônus impõe consequências à parte que o tem, Menezes Cordeiro⁴⁹ aduz que quem tem o ônus e não o desempenha fica “sujeito as consequências desagradáveis para o destinatário da mesma, ainda que não assimiláveis a sanções”.

⁴⁶ MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 356.

⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Os regimes do dolo no Direito civil Brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão ou por comissão, dolo acidental e dever de indenizar*. In: *Revista dos Tribunais*. Vol. 923. São Paulo: Revista dos Tribunais, set/2012, 115-144.

⁴⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atual. Por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 72.

⁴⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Vol. I. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2007.

Na sequência das considerações até então feitas, parece-nos que, quando uma das partes se encontrar em erro, poderá a contraparte ter o dever de esclarecê-la sobre o erro, consoante também o dever acessório de lealdade⁵⁰. Mas, ainda assim, o dever de informar sobre o erro ou outros aspetos relativamente ao negócio não é amplo e irrestrito. Nesta perspetiva, a parte credora da informação deve buscar as informações necessárias, quando possível obtê-las sem auxílio da contraparte, e que sejam essenciais para a formação do juízo sobre o consentimento negocial, de modo a buscar a preservação dos seus interesses.

Encontramos também na doutrina francesa⁵¹, e italiana⁵² a tese de que cada contratante deve agir com o grau de diligencia necessário para adquirir as informações de que necessita, e não poderá beneficiar-se de sua ignorância. A doutrina inglesa⁵³ igualmente não aceita que existe um dever amplo e irrestrito de prover informação à contraparte, e cada parte deve se informar de acordo com as informações que precisa para exprimir seu consentimento na fase pré-contratual.

Na compreensão disto, concluímos por dizer que cada parte deve agir com a diligencia necessária no sentido de,

⁵⁰ Os deveres de lealdade obrigam as partes na fase *in contrahendo*, a absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por ela consignado. In, CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 606. Sobre a função dos deveres acessórios tutelarem o comportamento das partes para a consecução dos interesses contratuais ver PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 342 e ss.

⁵¹ GHESTIN, Jacques. *Traite de droit civil. La formation du contrat*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 1993.

⁵² GRISI, Giuseppe. *L'obbligo precontrattuale di informazione*. Napoli: Jovene Editore, 1990, p. 84. O autor apresenta como pressuposto da responsabilidade o facto de a parte a quem a informação aproveitaria não estar em condições de tomar conhecimento da informação senão pela contraparte, em caso de informação sobre causas de invalidade. Portanto, não seria razoável imputar-lhe falta de diligência nestes casos.

⁵³ Ver SMITH v. HUGHES, 1871, LR 6 QB 597, A respeito de um comprador que se encontrava em erro sobre a qualidade do produto. O vendedor não tem obrigação de informa-lo que está enganado se o engano não foi induzido pelo vendedor.

quando possível fazê-lo sem a interferência da contraparte, *i.e.*, quando não depender de informações essenciais de conhecimento exclusivo da contraparte, buscar as informações que sejam necessárias para atender aos próprios interesses. Se o princípio da boa-fé alicerça os deveres acessórios de informação na fase pré-contratual, então tem de existir um fundamento material que os sustente, assente na desigualdade entre as partes, ou no



6. BIBLIOGRAFIA

- BROX, Hans. *Allgemeines Schuldrecht*. 25. ed. München: C.H. Beck, 1998.
- BRUNNER. *Zur Funktion der Gleichheit in der menschlichen Gerechtigkeit*. Zurich: [s.ed.], 1949.
- CABRAL, Rita Amaral. *A responsabilidade por prospecto e a responsabilidade pré-contratual*. In: *Anotação ao acórdão do Tribunal Arbitral, de 31 de Março de 1993*. Lisboa: Ordem dos Advogados: 1995.
- CORDEIRO, António Menezes. CABRAL, Rita Amaral. *Aquisição de empresas – Vícios na empresa privatizada – Responsabilidade pelo prospecto – Culpa in contrahendo – Indemnização*. In: *Anotação ao acórdão do Tribunal Arbitral, de 31 de Março de 1993*. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1995.
- CORDEIRO, António Menezes. *Da Boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.
- _____. *Tratado de Direito Civil Português*. Vol. I. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2007.
- _____. *Tratado de Direito Civil Português*. Vol. II. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2009.
- DÍEZ-PICAZO, L. no Prólogo à introdução do livro de FRANZ

- WIEACKER. *El principio general de la buena fé*. Trad. José Luiz Carro. Madrid: Civitas, 1977.
- FABRE-MAGNAN, Muriel. *Duties of Disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis*. In: *Good Faith and Fault in Contract Law*. Edited by Jack Beatson and Daniel Friedmann. reimp. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht, II. Das Rechtsgeschäft*, Belin, 4. ed. Berlin/Heidelberg/NewYork/London/Paris/Tokio/Hong/Kong/Barcelona/Budapest/Springer-Verlag, 1992.
- FORGIONE, Paula. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*. reimp. da ed. de 2004. Coimbra: Almedina, 2007.
- GHESTIN, Jacques. *Traite de droit civil. La formation du contrat*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 1993.
- GRISI, Giuseppe. *L'obbligo precontrattuale di informazione*. Napoli: Jovene Editore, 1990.
- GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. Trad. Edson Bini, São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- HENSSLER, Martin. *Haftung des Verkäufers wegen Informationspflichtverletzung beim Unternehmenskauf*, In: *Festschrift für Klaus J. Hopt, Unternehmen, Markt und Verantwortung*. Vol. I. Berlin: De Gruyter, 2010.
- KÖTZ, Hein. *Precontractual Duties Disclosure from a Comparative and Economic Perspective*. [S.l.]: [s. ed.], 2000.
- _____. *European Contract Law*. 2. ed. Oxford: University Press, 2017.
- KRONMAN, Anthony T. "Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contract". 7. ed. [S.l.]: J. Leg. Stud. 1, 1978.
- LARENZ, Karl. WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des*

- Bürgerlichen Rechts*. 9. ed. München: C.H. Beck, 2004.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Os regimes do dolo no Direito civil Brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão ou por comissão, dolo acidental e dever de indenizar*. In: *Revista dos Tribunais*. Vol. 923. São Paulo: Revista dos Tribunais, set/2012.
- _____. *Um aspecto da obrigação de indenizar: Notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais no Direito Civil Brasileiro*. *Revista dos Tribunais*, vol. 867, São Paulo, jan/2008.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. Atual. Por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*. Coimbra: Almedina, 1989.
- OLIVEIRA, Nuno Manoel Pinto de. *Princípios de direito dos contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- PINTO, Paulo Mota. *Falta e vícios da vontade. O Código Civil e os regimes mais recentes*. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.
- PRATA, Ana. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2005.
- REINER. *Die goldene Regel, Zeitsch. F. philosopf. Forschung III*. [S.l.]: [s.ed.], 1948-1949.
- ROTH, Günther. *anotação ao § 242 do BGB in Münchener Kommentar*. Vol. II. §242-432. 3. ed. Munchen: C. H. Beck, 1994.
- SÁ, Almeno de. *Responsabilidade bancária*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- SILVA, Eva Sónia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. reimp. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. *As relações entre a responsabilidade pré-*

contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro. Coimbra: Almedina, 2010.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VICENTE, Dário Moura, *A responsabilidade pré-contratual no Código Civil Brasileiro de 2002.* In: *Estudos em honra de Ruy de Albuquerque.* Vol. I. Lisboa: FDUL, 2006.

_____. *Culpa na formação dos contratos.* In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977.* Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé.* Trad. José Luiz Carro. Madrid: Civitas, 1977.