

O DEVER PRÉ-CONTRATUAL DE INFORMAÇÃO

MARIANA FONTES DA COSTA (*)

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias. 2. A culpa *in contrahendo* e o fim do “*all or nothing*” no contexto pré-contratual. 3. Concretizações do princípio normativo da boa fé no âmbito do artigo 227.º do Código Civil Português. 4. Os deveres de informação na responsabilidade pré-contratual. 4.1. Fundamento teleológico dos deveres pré-contratuais de informação: protecção da confiança e salvaguarda da materialidade subjacente? 4.2. Contornos normativos da obrigação pré-contratual de informar. 4.3. A responsabilidade pré-contratual por violação do dever de informar como instrumento de protecção da autonomia privada. 5. O regime jurídico da indução negligente em erro. 6. Considerações finais.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O princípio da autonomia privada concretiza-se, no âmbito pré-contratual, assegurando às partes uma formação sã da vontade, consubstanciada numa vontade livre, esclarecida e não afectada por quaisquer constrangimentos exteriores.

Assegurar a liberdade de decisão das partes é, assim, antes de mais, garantir a sua correcta e completa informação acerca das circunstâncias em que assenta o contrato a celebrar.

Daí que o ordenamento jurídico português estabeleça, no art. 227.º do Código Civil (CC), a obrigação de as partes numa negociação agirem de acordo com a boa fé, ou seja, de acordo com padrões de honestidade, lealdade e correcção, não causando danos à contraparte, não a induzindo em erro e informando-a das circunstâncias relevantes para o seu consentimento.

(*) Docente da Faculdade de Economia da Universidade do Porto. Investigadora do CIJE (Centro de Investigação Jurídico-Económica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto).

Contudo, ingénuo seria negar que o contrato é um instituto assente num jogo de forças entre contraentes, ambos buscando a maximização do seu interesse ao menor custo possível. Exigir a uma parte na negociação que informe a outra das circunstâncias que esta não conhece é retirar à primeira poder negocial e uma adopção ilimitada de deveres de informação pré-contratuais seria inoportável para a lógica de mercado.

Assim, o problema que se nos coloca é precisamente o de procurar descobrir o fundamento teleológico do dever pré-contratual de informação e, a partir daí, definir os critérios e contornos que o modelam na realidade negocial.

Não basta, porém, ao direito impor deveres de informação às partes negociais; compete-lhe também tutelar esses deveres, sancionando o seu desrespeito e protegendo os titulares dos respectivos direitos. No âmbito da tutela dos deveres pré-contratuais de informação estabelece o art. 227.º CC que a sua violação culposa acarreta responsabilidade pré-contratual para o devedor, com a conseqüente obrigação de indemnizar o credor pelo danos sofridos.

Também as figuras do dolo e do erro-vício constituem mecanismos de salvaguarda da liberdade de decisão do declarante, permitindo a anulação do contrato (mediante determinados requisitos) quando essa decisão teve na base uma falsa representação da realidade; dito de outra forma, quando o declarante desconhecia a realidade sobre a qual estava a contratar.

O problema da relação entre a responsabilidade pré-contratual e os vícios de vontade coloca-se, sobretudo, perante a ausência de disposição legal reguladora do regime jurídico da indução negligente em erro. Parece válido questionar até que ponto não poderá a responsabilidade pré-contratual assegurar por si a salvaguarda do “*modo normal e são*” (1) de formação da vontade negocial, quando o declaratário desrespeitou negligentemente a obrigação de informar, mas não estão preenchidos os requisitos dos arts. 251.º nem 252.º CC.

2. A CULPA IN CONTRAHENDO E O FIM DO “ALL OR NOTHING” (2) NO CONTEXTO PRÉ-CONTRATUAL

Assentando a protecção conferida pelo direito às relações contratuais no princípio da autonomia privada, entendeu-se, durante longo tempo, que

(1) Expressão de MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 9.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 227 e 228.

(2) Expressão inglesa que poderá ser traduzida por “tudo ou nada”.

antes da celebração do contrato uma parte numa negociação não tinha qualquer direito a uma determinada conduta da outra. Assim, o facto de as partes terem iniciado um processo negocial não acarretava, por si, qualquer alteração à sua esfera jurídica, dado não ter havido ainda um exercício vinculativo de vontade.

Nos sistemas de *common law* esta posição era defendida segundo a perspectiva do “*all or nothing*”, de acordo com a qual ou os sujeitos se encontram vinculados mutuamente por um contrato, ou, caso contrário, não haverá qualquer vinculação no período das negociações (3). Esta perspectiva tinha sobretudo em vista a salvaguarda do princípio da liberdade contratual, por força do qual as partes deveriam poder, idealmente sem constrangimentos, optar pela celebração ou não celebração do contrato até à emissão da declaração de vontade definitiva.

Sucedede que, nem sempre a realidade se deixa circunscrever no normativismo dogmático dos princípios absolutos e a verdade é que se tornou incomportável recusar a especificidade do período negocial, como contexto de surgimento de relações de confiança, partilha de informações e criação de expectativas, muitas vezes com forte expressão patrimonial (4).

A primeira construção de responsabilidade das partes pela sua conduta no período pré-contratual deveu-se a JHERING, autor Alemão que, em 1861, publicou um ensaio (5) onde partia da premissa que de um contrato nulo por anomalias ocorridas na sua formação podem nascer danos. Ora, defendeu este autor que a parte responsável por esses danos deveria ser obrigada a indemnizar a outra parte, colocando o lesado na situação em que estaria se não tivesse havido negociações; qualquer outra solução implicaria que os danos fossem suportados pelo lesado que não lhes deu causa e, portanto, seria injusta.

(3) Sobre o princípio do “*all or nothing*”, JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Negociação e formação de contratos”, *Estudos de Direito Civil e Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 1996, pp. 29 e ss.; E. SANTOS JÚNIOR, “Acordos intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato”, *ROA*, 57, 1997, pp. 565 e ss.; LUÍS M. TELES DE MENEZES LEITÃO, “Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos internacionais”, *ROA*, 60, 2000, pp. 49 e ss.

(4) Esta situação manifesta-se, de forma particularmente premente, na negociação de relações contratuais duradouras, nas relações de elevado valor económico e nas relações de consumo, sobretudo moldadas por cláusulas contratuais gerais e contratos de adesão.

(5) JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*.

A teoria da *culpa in contrahendo* foi sendo construída sobretudo pela doutrina e jurisprudência alemãs, como uma forma de enquadrar dogmaticamente as especificidades do período pré-contratual e de dar resposta aos problemas jurídicos por ele levantados.

Assim, desenvolve-se a concepção de que apesar de ainda não haver contrato (e poder aliás nem sequer chegar a ser celebrado) existe já, na fase das negociações, uma relação efectiva entre as partes, relação essa que tem efeitos jurídicos próprios e justifica que entre elas nasçam deveres de uma conduta honesta, leal e correcta. Trata-se de uma *relação obrigacional sem dever primário de prestação* ⁽⁶⁾, cujo desrespeito desencadeará para a parte lesante uma responsabilidade, que entendemos ser *ex lege* ⁽⁷⁾.

O trabalho de construção deste novo instituto levou à sua consagração em diversos ordenamentos da *civil law*, entre os quais o CC grego de 1940, nos arts. 197.º e 198.º; o CC italiano, nos arts. 1337.º e 1338.º; e o CC português, no art. 227.º Recentemente, esta figura teve, pela primeira vez, o seu reconhecimento expresso no BGB Alemão, no § 311 ⁽⁸⁾.

Nos países da *common law* a recepção da doutrina da *culpa in contrahendo* tem encontrado maiores obstáculos, devido ao forte enraizamento do princípio do *freedom of contract*. Desta forma, a doutrina inglesa tem olhado com alguma desconfiança para a admissibilidade da responsabilidade pré-contratual, vindo mesmo a fazer dela uma interpretação muito restritiva ⁽⁹⁾.

Contudo, esta perspectiva tende a ser progressivamente superada no Direito inglês (veja-se, a este propósito, a imposição de deveres de informação e lealdade na negociação de contratos de seguro) e goza mesmo de consagração no ordenamento norte-americano, onde o *comment c.* à secção 205 do *Restatement (second) of Contracts* (compilação que recolhe

(6) Expressão de LARENZ, *apud* J. SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade pré-contratual. Anotações — breves sobre a natureza e o regime*, Policopiado, Coimbra, 2005, pp. 2 e ss.

(7) *Vide*, a este propósito, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, *Parte geral*, Tomo I, 3.ª ed., Coimbra, 2005, pp. 498 e ss.

(8) Este novo § 311 BGB entrou em vigor em 2002 e é um dos corolários da “Lei de modernização do direito das obrigações” Alemã.

(9) Veja-se, a título de exemplo, a recente posição da *House of Lords* no caso *Walford v. Miles* [1992] 2 A.C. 128, no âmbito do qual o tribunal recusou a existência de qualquer dever de negociar de acordo com a boa fé, por entender que este era incompatível com a liberdade de romper com as negociações a qualquer momento e por qualquer razão.

as soluções aplicadas pela jurisprudência norte-americana) refere expressamente que a má fé nas negociações de um contrato pode ser sancionada ⁽¹⁰⁾.

O enraizamento da doutrina da *culpa in contrahendo* como dever de conduta das partes na negociação contratual estendeu-se também aos princípios UNIDROIT, cujo art. 2.1.15 estabelece a proibição de negociações contrárias à boa fé, determinando que:

“Article 2.1.15 (Negotiations in bad faith)

- 1. A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.*
- 2. However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.*
- 3. It is bad faith in particular, for a party to enter into or to continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.”*

Em Portugal, e como já foi referido acima, o instituto da responsabilidade pré-contratual tem consagração expressa no art. 227.º CC, com a seguinte formulação:

“Artigo 227.º (Culpa na formação dos contratos)

- 1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.*
- 2. A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498.º”*
(sublinhado nosso)

Da leitura do enunciado acima transcrito é possível concluir que o legislador português optou, neste âmbito, pela fixação de uma responsabilidade pré-contratual por adopção culposa de uma conduta contrária à boa fé.

⁽¹⁰⁾ E. SANTOS JÚNIOR, “Acordos intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato”, *ROA*, 57, 1997, p. 584, nota 47.

3. CONCRETIZAÇÕES DO PRINCÍPIO NORMATIVO DA BOA FÉ NO ÂMBITO DO ARTIGO 227.º DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

O art. 227.º CC refere-se à boa fé na sua dimensão objectiva, ou seja, enquanto “*princípio normativo transpositivo e extra-legal para que o julgador é remetido a partir de cláusulas gerais*” (11). Assim e seguindo os ensinamentos de MOTA PINTO (12), o princípio da boa fé previsto no art. 227.º CC não contém em si a enumeração das situações passíveis de gerar responsabilidade pré-contratual, antes fornecendo o critério dessa enumeração, a fixar por acção da doutrina e sobretudo da jurisprudência.

Daí que o critério da boa fé não forneça soluções, mas apenas indique caminhos e linhas de orientação para a resolução de problemas jurídicos concretos, mediante a acção concretizadora do julgador.

Adoptando a formulação de KARL LARENZ: “*O princípio da boa fé significa que todos devem guardar fidelidade à palavra dada e não frustrar ou abusar daquela confiança que constitui a base imprescindível das relações humanas*” (13). Assim, boa fé em sentido objectivo significa o dever de actuar no tráfico jurídico de forma honesta, correcta e leal.

Esclareça-se, contudo, que não está em causa apenas uma obrigação dos futuros contraentes não agirem de forma desonesta, incorrecta, nem desleal. O recurso ao critério da boa fé na responsabilidade pré-contratual exige verdadeiros deveres de colaboração activa entre as partes, no sentido de impor a estas que actuem em mútua cooperação, com vista a promover a satisfação das expectativas de ambas (14).

No direito português reconhecem-se essencialmente três situações típicas em que pode ocorrer responsabilidade pré-contratual: a celebração de contrato inválido por anomalias ocorridas na sua formação (caso-padrão de

(11) Expressão de CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 125.

(12) *Ibidem*.

(13) *Apud* J. SOUSA RIBEIRO, J. SINDE MONTEIRO, ALMENO DE SÁ e J. C. PROENÇA, *Direito das Obrigações — com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3.º ano jurídico*, Policopiado, Coimbra, 1983, p. 110.

(14) Neste sentido, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, “Intervenções fulcrais da boa fé nos contratos”, *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 2, Coimbra, 2000, pp. 357 e ss.

JHERING); a celebração de contratos válidos, mas em termos tais que o modo da sua celebração gere danos para uma das partes (temos em mente sobretudo a situação dos contratos convalidados, seja pela passagem do tempo para requerer a anulação, seja pela sua confirmação pelo titular do direito de anulação) e a interrupção ou ruptura das negociações, impedindo a efectiva celebração do contrato (estão em causa situações em que havia já uma expectativa fundada de uma das partes na efectiva conclusão do contrato, frustrada pela violação de um dever de lealdade da outra parte).

Quanto aos deveres pré-contratuais concretizadores da boa fé no período negocial, a jurisprudência alemã tem vindo a distinguir três grupos de deveres (15):

- **deveres de protecção** — segundo os quais, na fase pré-contratual, as partes devem evitar qualquer conduta susceptível de causar danos à outra parte, sejam eles pessoais ou patrimoniais;
- **deveres de informação** — por força dos quais as partes estão vinculadas a fornecer à parte com quem negociam as informações necessárias ao conhecimento das circunstâncias que possam ser relevantes para a formação do consenso contratual;
- **deveres de lealdade** — que estão directamente relacionados com a própria actuação das partes, impedindo-as de adoptar comportamentos que criem obstáculos injustificáveis à celebração do contrato, bem como de assumir comportamentos que induzam a contraparte em erro (16).

É do segundo grupo de deveres — deveres de informação — que nos iremos ocupar daqui para a frente, analisando especificamente o seu fundamento teleológico, as suas fronteiras e âmbito de vinculação.

(15) Optamos, neste texto, por seguir a tripartição clássica de deveres apresentada, não desenvolvendo as críticas e observações que a mesma nos oferece, por não se enquadrar no âmbito central do tema. Contudo, tendemos a concordar com CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA quando acrescenta aos deveres de informação e lealdade os deveres de diligência e de sigilo. Mais, temos sérias reticências em admitir no nosso ordenamento jurídico a emergência, por força do art. 227.º CC, de um dever de protecção com os contornos que lhe são atribuídos no ordenamento Alemão — CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos, I — Conceito, fontes, formação*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 176 e ss.

(16) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, *Parte geral*, Tomo I, 3.ª ed., Coimbra, 2005, pp. 506 e ss.

4. OS DEVERES DE INFORMAÇÃO NA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

Como tivemos oportunidade de referir no ponto anterior, os deveres de informação constituem um dos três grupos de deveres que a doutrina e a jurisprudência maioritárias têm considerado retirar-se da referência do art. 227.º CC à boa fé.

Informar significa, neste contexto, transmitir à outra parte os elementos de conhecimento necessários à adequada formação da sua vontade contratual, seja os referentes aos aspectos jurídicos, seja os respeitantes aos aspectos materiais do negócio (17).

Dentro do dever amplo de informar, é possível distinguir (18) o dever de informação *stricto sensu*, que corresponde à mera comunicação ao outro contratante das circunstâncias, condições e alcance do negócio a celebrar; o dever de conselho, que abrange não só a comunicação, mas também a orientação sobre a melhor conduta a adoptar e o dever de advertência (designado pela doutrina francesa como “*mise en garde*”), que implica a chamada de atenção da contraparte para um perigo material ou jurídico inerente ao negócio (como sejam cláusulas insólitas inseridas em contratos de adesão). Embora tendencialmente os deveres de conselho e advertência surjam como deveres laterais de uma relação contratual, não é de excluir a possibilidade do seu surgimento num contexto pré-contratual (pense-se na hipótese de um estudante que se dirige a uma loja de informática para comprar um computador e pede ao funcionário que lhe indique o mais adequado ao seu interesse e necessidades).

Importante se revela também a distinção entre o dever de informação e o dever de esclarecimento: enquanto este pressupõe um cumprimento espontâneo por parte do devedor, aquele pressupõe uma pergunta prévia e

(17) Segundo F. BENATTI, o objecto dos deveres pré-contratuais de informação é constituído pelas “*circostanze che riguardano il soddisfacimento degli interessi che una parte può ragionevolmente pretendere di realizzare mediante l’atto negoziale.*” — *apud* GIUSEPPE GRISI, *L’obbligo precontrattuale di informazione*, Nápoles, Jovene Editore, 1990, p. 81.

(18) Seguimos de perto a categorização apresentada por JORGE F. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 14 e ss., e por JOSEP LLOBET I AGUADO, *El deber de información en la formación de los contratos*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996, pp. 34 e ss.

corresponde à obrigação de prestar as informações requeridas pelo credor das mesmas ⁽¹⁹⁾ ⁽²⁰⁾.

Por fim, é ainda possível distinguir, dentro do dever de informação em sentido lato, um dever de informação em sentido estrito e um dever de verdade. O dever de informação constitui, neste contexto, uma obrigação de facto positivo, cujo cumprimento exige que o devedor informe a contraparte com exactidão sobre as circunstâncias essenciais à formação da sua vontade. Por sua vez, o dever de verdade constitui uma obrigação de facto negativo, cujo teor impõe ao devedor a obrigação de não comunicar informações inexactas sobre factos essenciais.

Abordando o sentido e alcance de todas as modalidades acima referidas, impossível se torna ignorar a natureza conflituosa do direito pré-contratual a ser informado, ou, visto do prisma oposto, do dever de fornecer à contraparte conhecimento, cuja exclusividade garantia ao devedor da obrigação de informar uma vantagem comparativa no processo negocial. Na verdade, não podemos esquecer que o dever pré-contratual de informação se, por um lado, promove a formação consciente e esclarecida da vontade da parte informada, por outro lado acarreta, para aquele que tem o dever de informar, uma perda significativa de poder negocial, com consequências potencialmente nefastas para o sistema económico ⁽²¹⁾.

A imposição legal de deveres de colaboração entre as partes negociais veio abalar toda a estrutura *jusprivatista* e contrariar o conceito libe-

⁽¹⁹⁾ JORGE F. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 359, nota 65.

⁽²⁰⁾ A propósito da obrigatoriedade de fornecer a informação requerida três posições se perfilam: a que entende que existe obrigação de informar sempre que uma das partes questione a outra acerca de uma circunstância de que esta tem conhecimento; a que defende que essa situação em nada se distingue da obrigação de esclarecer espontaneamente; e por fim, a que entende que quando a pergunta é ilícita, a parte pode não só recusar-se a responder, como até mesmo, em dadas circunstâncias, responder de forma inexacta. Entendemos que a obrigação de fornecer uma informação requerida pela outra parte está sujeita aos mesmos critérios do dever de esclarecimento, mas vamos mais longe e, na senda de LARENZ e WOLFF, admitimos mesmo, em circunstâncias excepcionais, o direito a mentir. Será o caso paradigmático, apresentado por estes dois autores, em que é perguntado a uma candidata a emprego se está grávida ou a pensar engravidar em breve. Nestas circunstâncias, o direito a não responder acarreta já desvantagens possivelmente tão acentuadas como um dever de resposta, pelo que não nos repugna a não ilicitude de uma resposta falsa. — *apud* EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 72.

⁽²¹⁾ Como teremos oportunidade de referir mais à frente.

ralista do contrato, enquanto arena privilegiada de jogos de poder. Contudo, rejeitamos que o seu objectivo seja a promoção legal do equilíbrio idealmente justo, sob pena de o direito se transformar numa ordem autoritária de promoção de interesses abstractamente definidos por via legislativa.

Também a protecção do contraente mais frágil não é capaz de dar resposta a todo o espectro de actuação dos deveres pré-contratuais emergentes da boa fé: eleger tal critério como fundamento deste deveres implicaria, desde logo, recusar o recurso à boa fé sempre que uma parte contratual com idêntico ou até superior poder negocial se visse prejudicada por uma prática desleal, desonesta ou incorrecta da outra.

O critério de actuação dos deveres de informação deverá ser assim, na nossa opinião, a salvaguarda do *fim do contrato*. Desta forma e utilizando uma expressão de CARNEIRO DA FRADA (22), “*o contrato é, do ponto de vista dos sujeitos, um acto de estrutura final, porque dirigido à realização dos seus projectos*”.

Na sequência, prossegue o mesmo Autor, distinguindo a este propósito o fim imediato do contrato (o interesse do credor no cumprimento da obrigação) do seu fim mediato (a utilização ou aproveitamento que o credor pretende atribuir àquela prestação). Se o fim imediato faz parte do próprio contrato, o fim mediato situa-se antes deste e é precisamente ele que justifica todo o processo contratual: o interesse que o credor pretende ver satisfeito com o cumprimento da prestação.

Ora, entendemos que é este fim mediato que a boa fé protege reflexivamente, fazendo impender sobre o devedor a obrigação de agir com “*diligência e espírito de colaboração mínimos com respeito aos fins (ulteriores) pretendidos pelo credor da prestação*” (23).

No mesmo sentido, aliás, se pronunciou o comité norueguês responsável pela consagração dos deveres de boa fé na contratação comercial nórdica, defendendo que não estava em causa a introdução de regras de protecção da parte mais frágil, mas sim a promoção dos standards de correcção e honestidade na conduta comercial. Desta forma, o respeito pelos parâmetros da boa fé implica, em primeira linha, o respeito pelas legítimas expectativas da outra parte (24).

(22) MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 443, nota 458.

(23) *Ibidem*.

(24) THOMAS WILHELMSSON, “Good faith and the duty of disclosure in commercial contracting — The Nordic experience”, in *Good faith in contract — concept and context*,

Contudo, este entendimento tem obviamente de ser entendido *cum grano salis*, na medida em que nem sempre o fim mediato do contrato será do conhecimento do devedor. Daí que a boa fé no âmbito pré-contratual não tenha em vista a promoção literal do fim mediato do contrato pelo devedor, mas sim garantir que este não adoptará nenhuma conduta desleal, desonesta ou incorrecta, que impeça a outra parte de retirar do contrato os dividendos que este, caso contrário, lhe traria. Trata-se de elevar o verdadeiro sentido do contrato, enquanto instrumento de satisfação recíproca de interesses.

4.1. Fundamento teleológico dos deveres pré-contratuais de informação: protecção da confiança e salvaguarda da materialidade subjacente?

Quer a doutrina quer a jurisprudência têm vindo a erigir a tutela da confiança como princípio orientador das fronteiras a fixar aos deveres pré-contratuais de informação (25). Assim, tem-se entendido que se impõe a protecção jurídica do direito à informação sempre que o contraente a informar se encontre, em face das circunstâncias, numa posição de confiança justificada, ou na veracidade das informações prestadas pelo outro contraente, ou na prestação voluntária, por este, das informações necessárias à formação consciente do consentimento.

Neste sentido, escreve CANARIS que “*na Alemanha, depois do trabalho fundamental de BALLERSTEDT, a culpa in contrahendo é encarada predominantemente como um sub-caso da responsabilidade pela confiança. Este enquadramento foi adoptado pelo BGH num elevado número de decisões*” (26). Acrescenta, contudo, este autor que “*(...) impôs-se a opinião de que também pelo lado dos pressupostos de facto teria de ocorrer uma específica relação com um contrato e que, desse modo, a culpa in contrahendo*

edited by Roger Brownsword, Norma J. Hird e Geraint Howell’s, Dartmouth, Ashgate, 1999, pp. 172 e 184.

(25) Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão da Relação de Lisboa, Proc. n.º 2219/2004-6, de 21-04-2005: “*A responsabilidade pré-negocial fundamenta-se na tutela da confiança de uma parte, na correcção, 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.*” — <www.dgsi.pt>

(26) CLAUD-WILHELM CANARIS, “*Autoria e participação na culpa in contrahendo*”, trad. de Raúl Guichard Alves, *RDE*, 1990-1993, p. 11.

não seria simplesmente uma responsabilidade pela confiança ou responsabilidade por força do contacto social, mas, sim, uma responsabilidade pela confiança em virtude do contacto (jurídico)-negocial ou, mais em geral e mais correctamente, em virtude da participação no tráfico negocial” (27).

A este propósito, e na senda de CANARIS, distingue MENEZES CORDEIRO quatro pressupostos de protecção jurídica da confiança (28), os quais, aplicados aos deveres pré-contratuais de informação, se traduzem em:

- Existência de uma *situação efectiva de confiança*, traduzida na boa fé subjectiva (crença no comportamento alheio) e objectiva (comportamento próprio isento de violação dos deveres de boa fé (29)) do titular do direito à informação;
- *Justificação para essa confiança*, objectivamente assente na existência de elementos susceptíveis de, em abstracto, promover a confiança existente;
- *Investimento do titular do direito à informação nessa confiança*, assente nesta e traduzido em actos concretos, com ou sem expressão financeira imediata (30);
- *Imputação da situação de confiança criada ao devedor da obrigação de informar*, que, por acção ou omissão, terá dado causa à confiança.

Estes quatro pressupostos articulam-se entre si de forma móvel, pelo que não existe entre eles qualquer hierarquia; acresce que a ausência de um destes elementos não acarreta só por si a exclusão da tutela da confiança, podendo esta justificar-se, nomeadamente por força da especial incidência de um dos outros pressupostos (31).

No âmbito jurídico dos deveres pré-contratuais de informação, a tutela da confiança materializa-se sobretudo no princípio da transparência, que promove a tomada de decisões livres e conscientes, proibindo comportamen-

(27) CLAUD-WILHELM CANARIS, “Autoria e participação na culpa in contrahendo”, trad. de Raúl Guichard Alves, *RDE*, 1990-1993, p. 12.

(28) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, *Parte geral*, Tomo I, 3.ª ed., Coimbra, 2005, pp. 411 e ss.

(29) CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, I — *Conceito, fontes, formação*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 185 e ss.

(30) *Op. cit.*, p. 186.

(31) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pp. 413 e ss.

tos enganosos na fase negocial, susceptíveis de frustrar as legítimas expectativas que um contraente criou face ao contrato. No plano macro-económico, o princípio da transparência promove uma função de regulamentação do mercado, na medida em que estimula opções racionais por parte dos consumidores, sendo, portanto, um salutar instigador dos mecanismos da concorrência (32).

A par do princípio da tutela da confiança, MENEZES CORDEIRO tem apontado também a existência do princípio da primazia da materialidade subjacente (33). Este princípio estabelece a obrigação de avaliar a conduta das partes na relação pré-contratual em termos materiais, ou seja, de acordo com as consequências que efectivamente acarretam e não em função da mera forma. Na verdade, não basta a adopção formal das condutas prescritas pelo direito; é necessário que essas condutas preencham os objectivos materiais que o ordenamento jurídico lhes atribui.

Para aferir do preenchimento da materialidade subjacente importa averiguar se a conduta das partes efectivamente preenche os valores promovidos pela ordem jurídica; se obedece a uma “*idoneidade valorativa*” (34), não admitindo, por exemplo, que o sujeito utilize o seu ilícito para tirar partido contra outrem e se respeita o “*equilíbrio no exercício das posições jurídicas*” (35), proibindo-se, nomeadamente, a actuação gratuitamente danosa para terceiro e a actuação propiciadora de situações de grande desequilíbrio contratual.

Contudo, não é pacífica esta recondução da responsabilidade pré-contratual por violação de deveres de informação à tutela da confiança e da primazia da materialidade subjacente.

Refere a este propósito CARNEIRO DA FRADA (36) que, apesar de a qualquer informação ser inerente o objectivo de gerar a confiança de

(32) Sobre este princípio, vide J SOUSA RIBEIRO, “O princípio da transparência no direito europeu dos contratos”, *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 4, Coimbra, 2002, pp. 137 e ss., e J. SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade pré-contratual. Anotações breves sobre a natureza e o regime*, Policopiado, Coimbra, 2005, pp. 8 e ss.

(33) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, *Parte geral*, Tomo I, 3.ª ed., Coimbra, 2005, pp. 415 a 417.

(34) Expressão utilizada pelo autor e acompanhada do exemplo de alguém provocar um dano de forma ilícita e culposa, exigindo a reparação a terceiro. — *Ibidem*.

(35) Expressão do Autor. — *Ibidem*.

(36) MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 159 e ss.

outrem quanto ao seu conteúdo e, nessa medida, a responsabilidade por informações ter uma proximidade privilegiada com a responsabilidade pela confiança, a *culpa in contrahendo* não se reconduz a esta protecção, abarcando um campo de actuação que, ainda que em alguns casos sobreposto, não é com ela coincidente.

Refere este Autor que a responsabilidade pré-contratual por violação de deveres de informação não é uma responsabilidade pela confiança, mas quanto muito uma responsabilidade pela “*causação indevida de uma confiança alheia*” (37). E assim é, na medida em que, desde logo, a violação da confiança não gera por si responsabilidade pré-contratual, sendo necessário que essa violação tenha origem numa conduta desleal, incorrecta ou desonesta.

Mais, a responsabilidade civil pré-contratual não visa colocar o sujeito na situação em que estaria caso as suas expectativas não tivessem sido violadas, assegurando a realização da sua confiança. Tal seria contrário à natureza pré-contratual desta modalidade de responsabilidade civil e eliminaria a linha entre a existência de compromisso negocial de cumprimento das expectativas e fase de formação do contrato (38).

A tónica terá de ser colocada não na confiança causada pelas informações, mas sim na *causação indevida* dessa confiança. O que se sanciona é, portanto, o desrespeito dos deveres de correcção, lealdade e honestidade que a ordem jurídica impõe a todos os que no seu seio actuam. Neste contexto, a boa fé promove a criação de espaços de confiança, sancionando a indução de representações falsas (39).

Embora o assunto nos mereça maior reflexão, tendemos a concordar com os argumentos apresentados para recusar a classificação da responsabilidade pré-contratual como uma responsabilidade pela confiança, não negando, contudo, a importância reflexa que aquela tem na salvaguarda dos valores prosseguidos por esta.

4.2. Contornos normativos da obrigação pré-contratual de informar

Sabendo já que os deveres de informação são corolário da aplicação da boa fé às relações pré-contratuais estaremos em condições de apresen-

(37) *Op. cit.*, p. 483.

(38) *Op. cit.*, pp. 482 e ss.

(39) *Op. cit.*, pp. 454 e ss. e 466 e ss.

tar, ainda que muito sucintamente e sem pretensões de exaustão, nem de validade universal, alguns critérios concretizadores das circunstâncias susceptíveis de gerar, para as partes em relação pré-contratual, deveres de informação ⁽⁴⁰⁾.

Desde logo, parece ser de recusar a existência de um dever de hetero-informação sempre que existe um “*ónus de auto-informação*” ⁽⁴¹⁾. Dito de outra forma, não haverá um dever de informar a outra parte nas negociações sempre que esta poderia, utilizando um grau médio de diligência, obter por si aquelas informações ⁽⁴²⁾. Daí que se fale de um ónus de auto-informação: a parte não tem a obrigação de se informar, mas se o não fizer, por negligência, não poderá depois aproveitar-se da situação de ignorância em que contratou para invocar violação, pela outra parte, de deveres pré-contratuais. O dever de informar nasce quando desaparece o ónus de se informar ⁽⁴³⁾.

A doutrina tem colocado como limites ao ónus de auto-informação as situações que, pelas suas circunstâncias, acarretam uma impossibilidade ou excessiva onerosidade de procura da informação pelo futuro declarante, bem como aquelas situações em que este não se informou por ter legitimamente esperado que, em face da especial relação de confiança que o une à outra parte, esta o informaria. A estas duas situações acresce uma outra, que se prende com a obrigação do contraente que opta por fornecer voluntariamente uma informação a que não estava obrigado, ter de o fazer com verdade (exceptua-se aqui a figura do *dolus bonus*, prevista no art. 253.º, n.º 2, do CC Português) ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴⁰⁾ Sobre este ponto, em especial, JORGE F. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 355 e ss.; JOSEP LLOBET I AGUADO, *El deber de información en la formación de los contratos*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996, pp. 109 e ss.; e EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 121 e ss.

⁽⁴¹⁾ Expressão de EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *op. cit.*, p. 121.

⁽⁴²⁾ Neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n.º 06A222, de 04-04-2006: “*Não se inclui no dever de informação da contraparte implícito na regra de actuação segundo a boa fé do art. 227.º do Código Civil a obrigação de lhe dar a conhecer elementos ou circunstâncias a que qualquer pessoa tem acesso desde que actue com a diligência do homem médio.*”, in «www.dgsi.pt»

⁽⁴³⁾ Já deixando antever esta concepção, VAZ SERRA, “*Culpa do devedor ou do agente*”, *BMJ*, n.º 68, 1957, p. 120, nota 188.

⁽⁴⁴⁾ Neste contexto, afirma CHRISTOPH FABIAN: “*(...) o dever de se informar não é uma questão de ser cuidadoso para com a outra parte ou de controlar se a contraparte falou*

Quanto à impossibilidade ou excessiva onerosidade de se informar, ela pode ser objectiva, quando deriva do desnivelamento de conhecimento dos sujeitos ⁽⁴⁵⁾ inerente à própria natureza do contrato ⁽⁴⁶⁾, ou subjectiva, quando resulta do estado de inferioridade de um dos contraentes, seja por causa da sua in experiência, idade, grau de literacia ou até mesmo incapacidade de exercício. O critério que entendemos mais adequado para aferir da existência ou não de uma situação de impossibilidade ou excessiva onerosidade de se informar é o critério do “bom pai de família”, enquanto análise da medida de procura de informação que um homem medianamente diligente, colocado nas circunstâncias daquele sujeito concreto, observaria.

A segunda situação de exclusão do ónus de auto-informação (e consequentemente do eventual nascimento de deveres de hetero-informação) é a existência de uma especial relação de confiança entre as partes, que lhes impõe a obrigação mútua de fornecer informações à contraparte, ainda que não exista qualquer obstáculo à obtenção, por esta, da informação. São os casos característicos de negociações entre membros da mesma família e entre contraentes unidos por relações mais amplas de negócios (por exemplo, através de mandato).

Afastado que esteja o ónus de auto-informação, então haverá um **dever pré-contratual de informar** quando a **informação em causa seja essencial** para a decisão de contratar ou não contratar da contraparte, ou então de contratar naqueles termos ou em termos diferentes.

a verdade ou, ainda, de proteger-se contra a outra parte. A boa fé, e também a boa fé da contraparte, é presumida. A parte contratual pode confiar na contraparte.” — CHRISTOPH FABIAN, *O dever de informar no direito civil*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 158.

⁽⁴⁵⁾ A desigualdade no acesso à informação tem sido apontada por muitos autores como a causa fundamental da existência do dever de informação. Assim, a boa fé exige a atenuação da disparidade de poder negocial causada pelo desequilíbrio na obtenção de informações. A este propósito refere JACQUES GUESTIN que “*o dever pré-contratual de informar só surge quando ao conhecimento (ou cognoscibilidade) do lado de um dos contraentes se contrapõe a ignorância do outro*” — *apud* MANUEL DUARTE GOMES DA SILVA e RITA AMARAL CABRAL, “Responsabilidade pré-contratual”, *O Direito*, 127.º, 1995, pp. 452 e 453.

⁽⁴⁶⁾ Corresponde às situações em que o devedor da prestação conhece exaustivamente as qualidades do objecto do negócio, enquanto à contraparte só é facultado um exame superficial da coisa durante a fase negocial, bem como às situações em que existe uma disparidade de conhecimentos, gerada pela complexidade técnica do objecto em causa, ou pela facilidade com que o devedor da prestação acede ao seu histórico, inacessível ao credor (pense-se no vendedor de um automóvel usado que teve conhecimento, pelo antigo proprietário do veículo, que o mesmo tem um problema eléctrico no motor).

Para além disso e na sequência do acima referido, é ainda necessário que haja um desnível de conhecimento entre as partes, que justifique a necessidade de **protecção do credor da informação**. Esta assimetria de poder informacional só existe se o devedor da informação conhecia ou devia conhecer o facto sujeito à informação em causa.

Por fim, ainda que verificadas todas as circunstâncias acima referidas (inexistência de ónus de auto-informação, essencialidade da informação em causa, desnível informacional e conhecimento ou cognoscibilidade da informação pelo devedor) poderá não haver dever de informação pré-contratual quando este é inexigível, em função dos meios utilizados pela contraparte titular da informação para a obter. Este critério da **exigibilidade de informar** está fortemente associado à influência da teoria económica do direito e surge como válvula de escape do sistema aos efeitos potencialmente nefastos que uma obrigação lata de informar pode acarretar na pesquisa e inovação no mercado ⁽⁴⁷⁾.

Parece ser assim de negar a existência de deveres pré-contratuais de informação sempre que esta tenha sido obtida por meio de uma diligência extraordinária de uma das partes negociais, bem como quando a mesma deriva de segredos protegidos por lei.

4.3. A responsabilidade pré-contratual por violação do dever de informar como instrumento de protecção da autonomia privada

O objectivo central deste texto tem sido até agora o de delinear e delimitar a obrigação pré-contratual de informação, encontrando critérios orientadores que definam as suas fronteiras.

Contudo, um outro problema se levanta: como tutela a ordem jurídica estes deveres de informação? Dito de outra forma, de que instrumentos se serve o ordenamento jurídico português para sancionar o desrespeito, pelo devedor, da obrigação de informar?

⁽⁴⁷⁾ Basta pensar na falta de incentivo que seria para uma indústria farmacêutica a inexistência dos direitos de propriedade intelectual. Desde logo, dificilmente uma empresa privada investiria milhares de euros em pesquisa e investigação, se não pudesse retirar vantagens do conhecimento privilegiado que obteve pelo seu próprio investimento — a este propósito e de forma particularmente premente HEIN KÖTZ, “Precontractual duties of disclosure: a comparative and economic perspective”, *European Journal of Law and Economics*, Vol. 9, 1, 2000, pp. 5 e ss.

A resposta a esta questão encontra-se logo no art. 227.º, n.º 1, CC, fonte e consequência da boa fé pré-contratual. Senão vejamos:

“Artigo 227.º (Culpa na formação dos contratos)

1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato (...) tanto nos preliminares como na formação dele (situação de facto a que se subsume a norma — previsão)

deve (...) proceder segundo as regras da boa fé (conduta prescrita pelo direito para aquela situação de facto — estatuição)

sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte” (sanção em caso de desrespeito da conduta prescrita na estatuição).

Assim, a violação culposa de um dever de informação é sancionada pela ordem jurídica, desde logo, por meio do instituto da **responsabilidade pré-contratual**.

Não cabendo no âmbito deste texto uma análise aprofundada da natureza da responsabilidade pré-contratual como sub-tipo de responsabilidade contratual, aquiliana ou como terceira via, distinta das duas anteriores, a nossa análise irá recair apenas sobre os requisitos que têm de se verificar para que a ordem jurídica desencadeie uma reacção de responsabilidade pelo desrespeito de um dever de informação e sobre as consequências dessa reacção.

Assim, os requisitos para existência de responsabilidade pré-contratual, comuns a todas as modalidades de responsabilidade civil com culpa, são: a existência de um facto voluntário; ilícito; culposo; gerador de danos; unidos por um nexo de causalidade adequada à conduta culposa.

Relativamente aos aspectos que aqui nos ocupam (violação de deveres de informação), não se concebe que o primeiro requisito (**facto voluntário**) não esteja preenchido, pelo que o problema verdadeiramente nem se coloca.

Quanto ao requisito da **ilicitude**, ele tem constituído o centro do nosso estudo até ao momento, na medida em que a conduta objectivamente censurada pela ordem jurídica é aqui a violação do dever de informação, constituído nos termos anteriormente abordados. O acto de não cumprir um dever de informação pré-contratual é, portanto, um ilícito sancionado pelo direito.

Quanto à **culpa**, à semelhança do que acontece na responsabilidade contratual e extracontratual, também aqui ela pode ser dolosa (se houve

intenção e/ou consciência de desrespeitar o dever de informação, por parte do devedor) ou meramente negligente (se, apesar de não ter havido intenção, o incumprimento se deveu a uma falta do cuidado que era exigível ao agente). Assim, e desde que verificados cumulativamente os restantes requisitos atrás enunciados, quer a violação dolosa, quer a violação negligente de um dever de informação, na fase de negociações, gera responsabilidade pré-contratual.

O quarto e quinto requisitos (existência de **danos e causalidade adequada entre esses danos e o facto ilícito**) remetem-nos para a teoria da diferença e para o cerne da natureza do direito privado.

Ora, a função central apontada aos institutos de responsabilidade civil é a de tornar o sujeito lesado indemne, ou seja, colocar o lesado na situação em que ele estaria se não tivesse sofrido o dano.

Assim se compreende que não havendo danos não exista responsabilidade civil: se a consequência da responsabilidade civil é obrigar o lesante a responder (indemnizar) pelos danos que causou com a sua conduta (abstractamente adequada àquele resultado), não havendo danos não há obrigação de indemnização.

Desta forma se conclui que a violação culposa de deveres pré-contratuais de informação gera, para o devedor, a obrigação de indemnizar o credor pelos danos que sofreu com o incumprimento ⁽⁴⁸⁾. A questão de saber quando existem danos e qual a forma de os indemnizar, contudo, não é pacífica.

De tudo o acima referido, parece ser de concluir que a responsabilidade pré-contratual tem como objectivo central do seu regime a protecção do património: se a responsabilidade pré-contratual tem como função ressarcir o lesado dos danos que lhe foram provocados pela actuação culposa do devedor da informação, então parece lógico concluir que o que está em causa é garantir que o património do lesado não fica prejudicado pela conduta ilícita do lesante. Não haverá lugar a responsabilidade pré-contratual em caso de ausência de danos, porque não é a conduta culposa que o ordenamento jurídico verdadeiramente sanciona, mas as consequências nefastas que desta resulta para o património da outra parte.

Consideramos este entendimento perigosamente simplista. Entendemos, pois, ser errado colocar a tónica no dever de indemnizar, dado que não

⁽⁴⁸⁾ A questão de saber se essa indemnização deverá abranger o interesse contratual positivo ou negativo não será objecto de estudo neste texto.

é só o ressarcimento de danos que individualiza a responsabilidade pré-contratual, mas também os fundamentos deste ressarcimento.

É para nós claro que a responsabilidade pré-contratual é um instituto de protecção do património, mas, na senda de EVA MOREIRA DA SILVA ⁽⁴⁹⁾, entendemos que esta protecção patrimonial tem na sua base uma preocupação com a salvaguarda da autonomia privada das partes negociais.

Explicando: a boa fé desencadeia deveres de informação pré-contratual para impedir que a ausência não censurável de conhecimentos por uma das partes gere para ela danos injustos. Ora, esses danos têm uma ligação causal à ausência de conhecimento, dado que terá sido a falta de informação precisa e rigorosa das circunstâncias que levou o lesado a contratar, ou então a contratar nos termos em que o fez. E foi a decisão de contratar naqueles termos que desencadeou no património do credor da informação os danos a ressarcir. Os danos surgem precisamente, porque não houve um exercício livre e consciente da vontade e a sua indemnização funciona como uma tutela póstuma aos efeitos indesejáveis dessa falta de autonomia.

Daí que entendamos que o regime da responsabilidade pré-contratual visa, através do ressarcimento de danos, tutelar a liberdade de decisão e a autonomia privada ⁽⁵⁰⁾.

Ora, será que a vinculação a um contrato celebrado por desconhecimento de circunstâncias essenciais não é, em si, um dano? E de que forma poderá a ordem jurídica proceder ao seu ressarcimento?

5. O REGIME JURÍDICO DA INDUÇÃO NEGLIGENTE EM ERRO

De acordo com os ensinamentos de MANUEL DE ANDRADE ⁽⁵¹⁾, estamos perante um vício de vontade quando “o processo de formação da

⁽⁴⁹⁾ *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 58 e ss.

⁽⁵⁰⁾ Neste sentido, julgamos, também J. SOUSA RIBEIRO, quando se refere à importância do princípio da transparência como instrumento de protecção à autonomia privada — J. SOUSA RIBEIRO, “O princípio da transparência no direito europeu dos contratos”, *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 4, Coimbra, 2002 pp. 145 e ss.

⁽⁵¹⁾ MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 9.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 227 e 228.

vontade negocial sofreu qualquer desvio em confronto com o modo julgado normal e são.” Assim, os vícios de vontade constituem perturbações do processo formativo da vontade, fazendo com que esta, embora conforme com a declaração, seja determinada por motivos anómalos e considerados ilegítimos.

Ora, entende a ordem jurídica que o modo “*normal e são*” de construção da vontade consiste em garantir que esta se forma com exacto conhecimento das circunstâncias que a envolvem e sem a intervenção de factores compulsórios externos. Daí que o direito entenda que deve proteger o declarante das consequências potencialmente nefastas que para ele podem advir da vinculação a uma vontade formada de modo deficiente.

Subjacente a esta tutela dos vícios de vontade está, como já se intuiu, a protecção e salvaguarda do princípio da autonomia privada, em moldes não muito diferentes daqueles apresentados no ponto anterior.

O direito permite ao declarante, em dadas circunstâncias, anular o negócio viciado, porque este não resulta do exercício de uma vontade livre e esclarecida e como tal não é merecedor da tutela jurídica.

O que está em causa continua a ser a liberdade de decisão, assegurada por uma correcta representação da realidade e pela ausência de constrangimentos. Contudo, em vez de atribuir ao declarante um direito a ser indemnizado pelos danos sofridos com a incorrecta representação da realidade (que pode agora não ser imputável ao declaratário), confere-se-lhe o poder de anular o negócio que padece deste vício, destruindo retroactivamente todos os seus efeitos e liberando as partes da sua adstricção.

O Código Civil Português prevê expressamente as figuras do erro-vício (arts. 251.º e 252.º CC) e do dolo (arts. 253.º e 254.º CC), como fundamentos de anulação do contrato viciado por um inexacto conhecimento das circunstâncias envolventes.

A figura do dolo, enquanto vício de vontade, assenta na **intenção ou consciência** de causar o engano, por parte de quem recorre às sugestões, artíficos ou dissimulação ilícita. Desta forma e estabelecendo o paralelo entre o regime do dolo e da responsabilidade pré-contratual por violação do dever de informação, entendemos que a violação consciente ou intencional de um dever pré-contratual de informar o declarante acerca de circunstâncias em que este se encontra em erro acarreta, para o declaratário, a obrigação de indemnizar nos termos do art. 227.º CC e para o declarante, o direito de anular (ou reduzir) o contrato, por força do regime jurídico do dolo.

Contudo, muitas vezes, o declaratário fornece ao declarante informações inexactas, sem qualquer consciência ou intenção no engano, mas sim

por uma falta de atenção ou do cuidado exigível na transmissão dessas informações. Estaremos perante um erro causado não por dolo, mas sim por negligência.

Quando as informações inexactas transmitidas negligentemente pelo declaratório preenchem os requisitos de relevância do erro-vício, a solução afigura-se-nos simples: o declarante pode anular ou reduzir o negócio, nos termos dos arts. 251.º ou 252.º e ainda tem direito a exigir uma indemnização pelos danos que a conduta negligente do declaratório (devedor de uma obrigação de verdade e informação) lhe causou. Assim é, porque a figura do erro-vício dispensa qualquer atitude de consciência do declaratório e ainda, porque o regime da responsabilidade pré-contratual abrange tanto situações de dolo, como de negligência (como aliás já tivemos oportunidade de ver).

No entanto, o que fazer quando a conduta negligente do declaratório, apesar de ter influenciado determinadamente a vontade do declarante, não incidiu sobre um elemento cuja essencialidade para o declarante o declaratório conhecia ou devia conhecer? Ou seja, e se o erro provocado culposamente pelo declaratório não é fundamento de vício de vontade à luz do nosso ordenamento jurídico?

Desde logo, o declarante encontrar-se-à protegido pelo regime da responsabilidade pré-contratual, que gera, para o devedor da obrigação de informar, o dever de reparar os danos causados com a sua conduta culposa. Mas, será de exigir que o declarante permaneça vinculado à declaração de uma vontade que efectivamente não teria, não fosse a conduta culposa do declaratório?

Vimos já que o ponto de vista de actuação da responsabilidade pré-contratual é distinto do ponto de vista de actuação dos vícios de vontade: enquanto estes assentam na protecção da vítima (através da aplicação do regime da invalidade contratual), aquela assenta no sancionamento do comportamento do devedor (através do dever de reparação dos danos causados) ⁽⁵²⁾.

Contudo, é possível reconduzir estes dois institutos a um fundamento teleológico comum: a salvaguarda da autonomia privada, através da promoção de formação de vontades livres, conscientes e esclarecidas, no tráfico negocial.

Partindo desta ideia, desde 1962 que diversa jurisprudência alemã

⁽⁵²⁾ JORGE F. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 376.

resolve a questão que aqui nos ocupa aceitando a possibilidade de desvinculação do contrato, com recurso às regras da responsabilidade pré-contratual.

Assim, e seguindo a base da sua argumentação, o instituto da *culpa in contrahendo* tem como pressuposto a existência de danos causados pela conduta negligente do devedor. Porém, adoptando um conceito de património que abrange a liberdade de disposição patrimonial, existe dano pelo simples facto de se ficar vinculado a um contrato que se não deseja, mesmo que este não seja, em si, um mau negócio⁽⁵³⁾.

Ora, sabendo que as regras gerais ordenam a prioridade da indemnização por restauração natural, a forma lógica de tornar indemne um lesado, cujo dano se traduziu na vinculação a um contrato sem verdadeira “liberdade de decisão”, é precisamente permitir a desvinculação do lesado desse contrato.

Desta forma, conclui o BGH ser possível, por intermédio da *culpa in contrahendo*, a destruição ou adaptação de um contrato concluído pelo lesado em erro, causado negligentemente pelo obrigado à informação.

Muitos autores, entre os quais ESSER/SCHMIDT⁽⁵⁴⁾, pronunciaram-se contra esta solução, argumentando, em suma, que ela contraria o regime do dolo previsto no § 123 BGB. Desta forma, defendem que tal solução é contrária à própria vontade do legislador, que optou por excluir do regime dos vícios de vontade a conduta negligente não enquadrável na figura do erro. Estaria em causa a subversão do instituto da responsabilidade pré-contratual, por forma a, através de uma pretensa indemnização, conseguir efeitos semelhantes à invalidade do contrato.

No direito português, o problema coloca-se em termos muito semelhantes.

Admitindo estarmos perante uma lacuna do ordenamento jurídico, parece-nos ser de recusar uma aplicação analógica generalizada do regime do dolo e do erro às situações de indução negligente não enquadráveis no

(53) Como exemplos de situações em que a celebração do contrato é em si mesma um dano, refere SINDE MONTEIRO: a compra, pelo preço justo, de uma máquina que, em função do seu tamanho, não cabe no local que lhe é destinada; a compra de um curso de ensino à distância, por quem não tem conhecimentos suficientes para o acompanhar; a compra de uma residência por quem não tem condições de solvabilidade para a financiar... — JORGE F. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 370, nota 100.

(54) *Apud* EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 231, nota 529.

erro-vício. Na verdade, resultando o regime dos vícios de vontade de uma ponderação, levada a efeito pelo legislador, entre a autonomia privada do declarante e a confiança do declaratário e terceiros na validade do negócio, difícil nos parece contrariar esta ponderação, quer com fundamento numa interpretação extensiva (que nos parece de todo inadmissível), quer numa aplicação analógica (pela dificuldade de preencher as exigências de similitude das razões de ser que esta implica).

Contudo e aderindo à posição do BGH quando entende que a simples vinculação ao contrato constitui nestes casos um dano (numa concepção que claramente ultrapassa a teoria da diferença, encarando o património como instrumento de satisfação de interesses do seu titular), então, e pela aplicação do art. 562.º CC, somos levados a concluir que também no direito português a violação negligente de deveres de informação poderá conduzir à destruição ou modificação do contrato, por aplicação da indemnização por restauração natural.

E não se diga que permitir a destruição no âmbito da responsabilidade pré-contratual é desprestigiar e descaracterizar o regime dos vícios de vontade. É que, nestes, o legislador teve de ponderar não só o conflito de interesses entre declarante e declaratário, mas também a defesa dos interesses de terceiros, afectáveis em caso de efectiva anulação do contrato (dado que a anulação destrói retroactivamente todos os efeitos produzidos pelo contrato, desde o seu nascimento). Daí que se justifique que o legislador tenha atribuído relevância anulatória praticamente automática ao dolo, mas tenha sido mais cauteloso com o erro-vício.

Diferentemente, a responsabilidade pré-contratual é um instrumento de reparação de danos que opera entre devedor e credor, isto é, vincula o devedor a colocar o credor na situação em que este estaria no presente, se não tivesse havido violação negligente dos deveres de boa fé no passado. Daí que, não operando retroactivamente, não afecta a posição que terceiros eventualmente tenham vindo a adquirir por intermédio do contrato.

A ponderação de interesses na responsabilidade pré-contratual é apenas entre a salvaguarda da liberdade de decisão do lesado e a confiança do lesante na manutenção do contrato. Ora, sabendo que o devedor desprestigeou **culposamente** um dever de conduta, não nos repugna que se veja confrontado com a destruição do contrato (ou adaptação, vigorando aqui as mesmas exigências axiológicas), como consequência da reparação natural; na nossa opinião, a violação culposa dos deveres a que estava obrigado atenua significativamente a tutela da confiança que noutras circunstâncias mereceria e que constitui o contrapolo da autonomia privada do lesado.

No mesmo sentido parece-nos que vai também CARNEIRO DA FRADA ⁽⁵⁵⁾, quando refere, no contexto da relação entre *culpa in contrahendo* e vícios de vontade, que: “*o espaço da interferência meramente negligente nesse processo está, em contrapartida, a descoberto (...). Ora, existem boas razões para abranger esse espaço através da culpa in contrahendo. Enquanto se compreende com facilidade que, por razões de protecção do tráfico jurídico, devam permanecer contadas as hipóteses de relevância da falta ou dos vícios da vontade que decorrem de factores apenas ligados ao sujeito atingido, não se justificará que as perturbações da liberdade contratual não sejam tidas em conta quando causadas ilícita e censuravelmente por aquele que a sua relevância vai atingir.*”

Contudo, esta solução não pode ser desprovida de adaptações.

O art. 287.º CC prevê a possibilidade de anulação de um contrato no prazo de um ano, a contar da cessação do vício (ou a todo o tempo, se o negócio não estiver cumprido); por sua vez, o art. 227.º fixa como prazo de prescrição da responsabilidade pré-contratual o prazo de três anos.

Ora, seguindo de perto SINDE MONTEIRO ⁽⁵⁶⁾, seria incongruente obrigar o declarante a arguir o dolo no prazo de um ano e permitir-lhe arguir a indução negligente em erro no prazo de três anos. Partindo do princípio que se trata de uma lacuna do legislador, que, verdadeiramente, não chegou sequer a conceber a aplicação do art. 227.º CC a estas situações, há que fazer uma correcção e fixar como prazo para pedir a destruição do contrato, nos termos da responsabilidade pré-contratual, o período de um ano.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito das relações pré-contratuais, a concretização do princípio da boa fé como referencial de conduta conduziu ao reconhecimento de três deveres: de protecção, de lealdade e de informação.

Assentando a análise no dever pré-contratual de informação, entendemos que este tem como objectivo primordial a salvaguarda do contrato, enquanto acordo de satisfação mútua de interesses. Entendemos que o que está em causa não é a promoção legal do equilíbrio idealmente justo,

⁽⁵⁵⁾ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 199, nota 154.

⁽⁵⁶⁾ JORGE F. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 378 e ss.

nem a protecção do contraente mais frágil, mas sim a criação de espaços de confiança negocial, sancionando a indução de representações falsas.

Daí que recusemos desde logo a existência de um dever geral de informação; a obrigação de informar só nasce quando desaparece o ónus de auto-informação da parte contrária.

Excluído que esteja o ónus de auto-informação, haverá dever de informar sempre que esteja em causa um conhecimento essencial para a formação da vontade do credor da informação, desde que haja um desnível informacional associado a uma necessidade de protecção deste e conhecimento ou cognoscibilidade da informação pelo devedor. Ainda que preenchidos estes requisitos, será de excluir o dever de informar sempre que o conhecimento tenha sido obtido por uma diligência extraordinária, ou derive de segredos protegidos por lei.

A violação culposa de deveres de informação faz incorrer o devedor em responsabilidade pré-contratual, com a correspectiva obrigação de resarcir o credor dos danos sofridos com aquela conduta.

No entanto, verificados que estejam os requisitos dos arts. 251.º, 252.º ou 253.º do CC, a violação destes deveres pode atribuir também ao declarante o poder de anular o contrato.

Se por um lado se concebe difícil haver dolo (relevante enquanto vício de vontade) sem responsabilidade pré-contratual, o mesmo já não se pode dizer a respeito do erro-vício, dado que este não exige, desde logo, um comportamento culposo do declaratório, impondo, porém, que o erro sobre a pessoa do declaratório ou sobre o objecto do negócio incida sobre circunstâncias que o declaratório saiba ou deva saber serem essenciais para o declarante.

Menos clara se torna a situação, quando a violação dos deveres de informação é fruto de uma conduta negligente do devedor.

Ora, quando à violação negligente da obrigação de informar se associam os requisitos de relevância do erro-vício, o declarante pode cumular o direito à anulação com a indemnização por responsabilidade pré-contratual. No entanto, quando o erro-vício é, no caso, irrelevante, então parece restar ao declarante o direito a pedir uma indemnização pelos danos sofridos.

Sabendo que a indemnização deve, sempre que possível, restaurar a situação em que o lesado estaria se não tivesse sofrido o dano e admitindo que o dano em causa é aqui a violação da liberdade de disposição patrimonial (e a conseqüente vinculação a um contrato indesejado), parece-nos de admitir, na senda de alguma jurisprudência alemã do BGH, a possibilidade de destruição ou adaptação do contrato, por aplicação do regime da responsabilidade pré-contratual.

BIBLIOGRAFIA

- AGUADO, Josep Llobet I, *El deber de información en la formación de los contratos*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996.
- ALARCÃO, Rui de, “Breve motivação do Anteprojecto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 138, 1964, p. 71 a 122.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos, I: Conceito, fontes, formação*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 9.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003.
- BROWNSWORD, Roger, “Positive, negative, neutral: the reception of good faith in English contract law”, *Good Faith in Contract – concept and context*, edited by Roger Brownsword, Norma J. Hird e Geraint Howell’s, Dartmouth, Ashgate, 1999, pp. 13 a 40.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, “Autoria e participação na culpa in contrahendo”, trad. de Raúl Guichard Alves, *Revista de Direito e Economia*, 1990-1993, pp. 5 e ss.
- CARBONNIER, Jean, *Droit Civil*, Tome 4, 22.ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 2000.
- CARVALHO, Pedro Nunes de, “Considerações acerca do erro em sede de patologia da declaração negocial”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992, pp. 169 e ss.
- CORDEIRO, António Menezes, “Dolo na conclusão do contrato; culpa in contrahendo”, anotação ao acórdão do STJ de 13 de Janeiro de 1993, *O Direito*, ano 125, n.º I-II, pp. 145 e ss.
- , *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo 1, 3.ª ed., Coimbra, 2005.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, “Intervenções fulcrais da boa fé nos contratos”, *Estudos de direito do consumidor*, Centro de Direito do consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 2, Coimbra, 2000.
- , *Direito das Obrigações*, 9.ª ed., Coimbra, Almedina, 2001.
- DEFLORIAN, Luisa Antonioli, “I contratti dei consumatori nel diritto inglese fra *common law* e diritto comunitario: *legal process* e forme di tutela”, in *Rdciv.*, n.º 5, I, 2002.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; e WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil, segundo tomo, Derecho de Obligaciones*, Vol. I, traduzido por Blas Pérez González e José Alguer, Barcelona, Libreria Bosch, 1933.
- FABIAN, Christoph, *O dever de informar no direito civil*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FRADA, Manuel António C. P. Carneiro da, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004.
- GRISI, Giuseppe, *L’obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, Jovene editore, 1990.
- HORSTER, Heinrich Ewald, *A parte geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina, 1992.
- JUGLART, M. Michel de, “L’obligation de renseignements dans les contrats”, *Revue trimestrielle de droit civil*, ano XLIII, 1945, pp. 1 e ss.
- JÚNIOR, E. Santos, “Acordos intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 57, 1997, pp. 565 e ss.
- KOTZ, Hein, “Precontractual duties of disclosure: a comparative and economic perspective”, *European Journal of Law and Economics*, Vol. 9, 1, 2000, pp. 5 e ss.

- LEITÃO, Luis Manuel Teles de, “Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos internacionais”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 60, 2000, pp. 49 e ss.
- , *Direito das Obrigações*, Vol. I, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2003.
- LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil anotado*, Vol. I, com a colaboração de Henrique Mesquita, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987.
- MENDES, Armindo Ribeiro, “Os vícios de consentimento na formação do contrato”, *Revista Themis*, ano 1, n.º 2, Almedina, 2000, pp. 205 e ss.
- MONCADA, Luis Cabral de, *Lições de Direito Civil — Parte geral*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 1995.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989.
- , “Responsabilidade por informações face a terceiros”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXIII, Coimbra, 1997, pp. 35 a 60.
- NETO, Abílio, *Código Civil anotado*, 14.^a ed., Lisboa, Ediforum, edições jurídicas, Lda., 2004.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- PINTO, Paulo Mota, “Falta e vícios da vontade — o Código Civil e os regimes mais recentes”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 459 e ss.
- PRATA, Ana, *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*, Coimbra, Almedina, 2005.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa; MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde; SÁ, Almeno de; e PROENÇA, J. C., *Direito das Obrigações — com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3.^o ano jurídico*, Policopiado, Coimbra, 1983.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “O princípio da transparência no direito europeu dos contratos”, *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Direito do consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 4, Coimbra, 2002, pp. 137 e ss.
- , *Responsabilidade pré-contratual. Anotações breves sobre a natureza e o regime*, Policopiado, Coimbra, 2005.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, “Culpa do devedor ou do agente”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 68, 1957, pp. 13 e ss.
- SILVA, Eva Sónia Moreira da, *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Coimbra, Almedina, 2003.
- SILVA, João Calvão da, “Negociação e formação de contratos”, *Estudos de Direito Civil e Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 1996, pp. 65 e ss.
- SILVA, Manuel Duarte Gomes da; e CABRAL, Rita Amaral, “Responsabilidade pré-contratual”, *O Direito*, ano 127, n.º III-IV, pp. 439 e ss.
- TELLES, Inocêncio Galvão, “Culpa na formação do contrato”, *O Direito*, ano 125, n.º III-IV, pp. 333 e ss.
- WILHELMSSON, Thomas, “Good faith and the duty of disclosure in commercial contracting — the nordic experience”, *Good Faith in Contract — concept and context*, edited by Roger Brownsword, Norma J. Hird e Geraint Howell’s, Dartmouth, Ashgate, 1999, pp. 165 a 187.