

DEVER DE INFORMAÇÃO: UMA CONSTRUÇÃO TEÓRICA PROPOSITIVA DA RELEITURA DO INSTITUTO

DUTY TO INFORMATION: A CONSTRUCTION OF THE THEORY PROPOSITIONAL REREADING TO INSTITUTE

Ana Laura Teixeira Martelli*

Gisele Carvesan Beltrami Marcato**

RESUMO

Buscou-se demonstrar, através de uma abordagem teórica, elementos conceituais do direito à informação, inerentes aos negócios jurídicos quando observados sob a égide do Estado Social e da constitucionalização do direito civil. O direito à informação ocupa um papel de considerável importância no Estado Democrático de Direito, por esta razão justifica-se a escolha do tema da pesquisa, que se valeu do direito comparado para estabelecimento de critérios objetivos para apreciação do conteúdo do dever de informar, especialmente o direito francês, italiano e português, bem como a presença de elementos materiais e morais neste conteúdo obrigacional. Finalmente, foi abordado as consequências do descumprimento do dever de informar.

Palavras-chave: Dever; Informar; Conteúdo; Obrigacional.

ABSTRACT

We sought to demonstrate, through a theoretical approach, conceptual elements of the right to information, inherent in legal business when observed under the aegis of the welfare state and the constitutionalization of civil law. The right to information plays a role of considerable importance in a democratic state, for this reason justified the choice of the research topic, which availed itself of comparative law to establish objective criteria for assessing the content of the duty to inform, especially French, Italian and

*Mestre em Direito Negocial, na linha de pesquisa “Relações negociais no direito privado”, pela “Universidade Estadual de Londrina – PR”. Especialista em Direito do Estado pela mesma instituição. Docente de Direito Tributário das “Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo - Faculdade de Direito de Presidente Prudente”. E-mail: lauramartelli@adv.oabsp.org.br

**Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Paraná – UENP, na linha de pesquisa “Estado e Responsabilidade – questões críticas”. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelas “Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo – Faculdade de Direito de Presidente Prudente – SP”. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela mesma instituição. Docente de Processo Civil e Supervisora de Monografia do Núcleo de Pesquisa da mesma instituição de Ensino Superior.

Portuguese law, as well as the presence of this material and moral elements obligational content. Finally, we addressed the consequences of disobeying the duty to inform.

Keywords: Duty; Information; Content; Obligator.

1 INTRODUÇÃO

A informação pode ser compreendida sob diversos viés. De uma banda, tem-se aquele que é detentor das informações necessárias e por esta razão possui o dever de prestá-las, de outra, encontra-se aquele que é o receptor das informações, titular de um direito de recebê-las.

Além disso, pode ser compreendida como direito fundamental, tanto sob aspecto de prestá-las, como no caso da imprensa, corolário à liberdade de expressão, de opinião e comunicação social, quanto sob a ótica de recebê-las, o direito de se informar, de ser informado.

Enquanto direito de informar poderá ser relacionada com outros direitos como liberdade de expressão e opinião. E no que tange ao direito de ser informado, decorre da própria evolução do Estado Democrático de Direito, pois para que o indivíduo possa formar e expressar suas opiniões, ideias ela precisa conhecer a realidade em que está inserida, pois a democracia persegue a elevação do espírito humano por meio da educação e do fim da marginalização.

Por outro lado, a informação integra a própria prestação obrigacional, ao passo que constitui dever acessório de conduta, consubstanciado na proteção que harmoniza o princípio da autonomia privada com a ideia de responsabilidade e de boa-fé, servindo de instrumento de complementação à teoria dos vícios de consentimento.

Entretanto, existe uma instabilidade jurídica no momento da fixação do conteúdo jurídico do dever de informar, no sentido da dificuldade de se afirmar sobre quais objetos essa obrigação deve recair. A fim de dirimir este celeuma, buscou-se apreciar aquilo que integra ou não o conteúdo obrigacional, valendo-se do critério da pertinência da informação e de seus elementos integrantes, o aspecto moral e material dessa informação.

Do mesmo modo, ao enfrentar o tema, é importante ainda discutir as consequências do descumprimento desse dever, sob o aspecto da teoria do vício de consentimento e da responsabilidade.

2 Aspectos Conceituais da Informação

A informação pode apresentar-se tanto como um dever, quanto um direito. Enquanto direito, a informação pode ser compreendida como direito de informar, relacionando-se com outros direitos, a exemplo do direito à liberdade de expressão e de opinião, quanto ao direito do contratante de ser informado sob aquilo que se pretende contratar, como forma de assegurar o livre exercício da autonomia privada, à medida que contribui para os elementos integrados do suporte fático que motivaram o indivíduo a firmar a convenção. Pode apresentar-se ainda, como dever de prestá-las, quando observado sob o panorama daquele que as detém, constituindo um dos deveres acessórios que integram a boa-fé.

A informação ao estar relacionada com a liberdade de expressão, que pode ser entendida como a possibilidade de veicular livremente “qualquer exteriorização da vida própria das pessoas: crenças, convicções, ideias, ideologias, opiniões, sentimentos, emoções, actos de vontade” (MIRANDA, 2000, p. 453), visa proteger as relações interindividuais, à medida que permite sua divulgação.

A liberdade de expressão constitui, no dizer de Jónatas Eduardo Mendes Machado (2002, p. 371), “um conjunto de direitos fundamentais que a doutrina conduz à categoria de liberdades comunicativas ou liberdades da comunicação (Kommunikativer Freiheiten; Kommunikationsfreiheiten)”. Assim, a liberdade de expressão ocupa-se da possibilidade exteriorização do pensamento relativo à difusão das mais diversas mensagens sobre os mais variados temas.

Essa liberdade acoberta a liberdade de se expressar como também, a de não o fazer, e assegura ao indivíduo instrumentos que impedem o poder público de criar obstáculos a qualquer uma de suas escolhas¹.

Do mesmo modo, o direito de informação poderá relacionar-se com a liberdade de opinião, que partindo do pressuposto de se consagrar um direito autônomo, o professor Vidal Serrano Nunes Júnior (1997, p. 28-29), conceitua-o como “a liberdade de formular juízos, conceitos e convicções e exteriorizá-los livremente”, enfim exteriorizações decorrentes do processo de pensar.

Assim, importa destacar que a informação, enquanto direito de informar,

¹ Obviamente que essa liberdade de expressão poderá sofrer limitações, no entanto, essas limitações ou restrições devem ser fundamentadas, ponderando-se os impactos que essa exteriorização poderá ensejar na esfera de outros direitos ou bens, também tutelados pela Constituição Federal. Essas restrições muitas vezes são provenientes de outros direitos fundamentais, dentre eles a intimidade, a honra, a imagem, etc.

quer sob a égide da liberdade de expressão, quer sob a ótica da liberdade de opinião, permite a defesa de manifestações, inclusive aquelas que contrariem a ordem vigente, especialmente num contexto de Estado Democrático de Direito, sendo vedado qualquer restrição ou responsabilização pelo simples fato da exteriorização do pensamento, obviamente que serão considerados os impactos causados a outros direitos também tutelados pelo ordenamento jurídico e assim solucionados mediante a técnica da ponderação.

O direito ou liberdade de informação não se restringe à liberdade do emissor da mensagem, mas também assegura o direito daqueles que são destinatários dessa informação, ou seja, o direito de ser informado. Por esta razão, o direito ou liberdade de informação abrange o direito de informar, de se informar e de ser informado.

Ademais, o direito de informação decorreu da própria evolução do Estado Democrático de Direito, no dizer de STROPPIA (2010, p. 72/73):

Ora, para que uma pessoa possa formar e expressar, conscientemente, suas opiniões, ideias e até sentimentos, ela precisa conhecer a realidade na qual está inserida, o que depende do acesso às informações, que se revelam como alicerces para que seja possível a construção de escolhas pessoas livres e autônomas.

Além disso, deve-se ressaltar que a tutela da liberdade de informar sob o contexto do Estado Liberal, constitui um dever de abstenção estatal, de maneira que não crie instrumentos que possam implicar obstáculos ao exercício dessa liberdade, portanto, atua num plano negativo.

Por outro lado, essa liberdade sob a égide do Estado Social recebe uma nova conotação, à medida que assegurar apenas a liberdade de atuação da imprensa, sem o dever de informar e sem o direito da sociedade de participar do processo informativo não é mais suficiente.

Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2003, p. 82) aponta que o Estado Social deve ultrapassar a simples conduta de abstenção e assegurar a livre informação sobre uma nova dimensão participativa e pluralista, com a finalidade de aperfeiçoar a democracia, consubstanciada não apenas na liberdade, mas também no princípio da igualdade e da dignidade, “democracia que persegue a elevação do espírito humano por meio da educação e do fim da marginalização”.

Portanto, o receptor da mensagem não figura apenas como mero sujeito

passivo do processo informativo, mas imitado na massificação dos órgãos de comunicação, assume uma postura de sujeito ativo, sujeito de direitos e titular do direito de ser informado, aliás, ser bem informado de maneira autêntica, verdadeira e completa.

O conceito de informação oferecido pelo professor Castanho de Carvalho (2003, p. 212) constitui:

um sub-ramo do direito civil, com assento constitucional, que regula a informação pública de fatos, dados ou qualidades referentes à pessoa, sua voz ou sua imagem, à coisa, a serviço ou a produto, para que um número indeterminado e potencialmente grande de pessoas, de modo a poder influir no comportamento humano e a contribuir na sua capacidade de discernimento e de escolha, tanto para assuntos de interesse público, como para assuntos de interesse privado mas com expressão coletiva.

Além de direito fundamental, a liberdade de informação, tanto no âmbito do direito de informar, de ser informado e quanto ao dever de informar, poderá revestir-se de uma posição de dever acessório numa relação jurídica negocial, relacionando-se ao instituto da boa-fé, que será apreciada na próxima seção e que constitui objeto fundamental da pesquisa.

3 A Informação Enquanto Dever Acessório de Conduta

Na contemporaneidade a relação contratual é tida como uma relação complexa, que não pode ser resumida apenas na obrigação principal, qual seja, uma obrigação de dar, fazer ou não fazer algo, mas possui outros deveres inerentes a essa relação e igualmente importantes para o adimplemento perfeito e extinção natural do negócio jurídico, os denominados deveres acessórios de conduta.

Os deveres acessórios de conduta poderão recair sobre uma ação humana ou incidir sobre um comportamento positivo do indivíduo, *v.g.*, declarações, informações, cooperação com a outra parte e a garantia de sua proteção. Essas condutas que deverão ser assumidas pelas partes contratantes contribuem para a perfeita realização do contrato, com observância dos interesses globais envolvidos nesta relação jurídica complexa.

Neste contexto, o reconhecimento da presença do dever de informação em momento anterior à celebração do negócio jurídico representa um relevante tema ao Direito Civil Contemporâneo. Isto porque esse dever traduz uma nova forma de

proteção ao consentimento, não mais construído sob a égide individualista do Estado Liberal, mas consubstanciado numa proteção que harmoniza o princípio da autonomia privada com a ideia de responsabilidade e de boa-fé.

Registra-se a contribuição realizada por Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p. 238) ao apontar que o contrato é um ato jurídico bilateral e voluntário, por isso carece de intenção, discernimento e liberdade. Assim, afirma o autor que aquele que não possui condições de discernir não pode consentir validamente. Portanto, conclui Lorenzetti, que o dever de informação “vem colidir com a capacidade de discernimento de uma das partes, melhorando-a para que possa consentir”.

O dever de informação parte do pressuposto do reconhecimento das desigualdades existentes numa relação negocial, especialmente naquelas que envolvem um sujeito vulnerável e/ou hipossuficiente, como forma de restabelecer de um modo mais eficaz e concreto do equilíbrio contratual.

Um ponto interessante a se destacar é o que demonstra Jacques Ghestin (1993, p. 613), ao afirmar que a obrigação pré-contratual de informação funciona como um instrumento de complementação à teoria dos vícios do consentimento, pois possibilita a adoção de novas soluções e complementação de seus esquemas tradicionais.

Enquanto dever acessório, deve ser entendida como a exigência da parte contratante detentora das informações de cientificar a parte contrária de qualquer esclarecimento que possa ser relevante e influenciar na finalidade e realização do negócio jurídico, tendo em conta um comportamento honesto e em consonância com a boa-fé.

O dever de informação na doutrina italiana, constituída pela obrigação de informar traduz-se em “cada circunstância relevante para a satisfação dos interesses de uma parte pode razoavelmente crer realizar mediante o ato negocial” (PIGNATARO, 1999, p.132). No entanto, este dever é recíproco a respeito do conteúdo do contrato, de sua natureza e a extensão dos direitos.

A informação e esclarecimento devidos referem-se, desde logo, ao clausulado contratual pretendido, significando isto, para além do elementar dever de comunicação de todas as regras contratuais que se pretende venham a integrar o contrato, também o esclarecimento exacto significado jurídico-econômico de cada uma delas. Isto é, cada uma das partes tem de dar a conhecer à outra, especificadamente, cada uma das cláusulas que pretende ver incluídas no contrato, explicando, se necessário, o sentido que elas comportam, por forma não só a habilitar a contraparte a decidir

esclarecimento sobre a aceitação da cláusula, mas também a evitar que venham sucessivamente a produzir-se equívocos e dúvidas interpretativas do regulamento contratual. (PRATA, 1991, p. 50)

Entretanto, o dever de informação não deve ser observado apenas nas tratativas, na fase pré-contratual, mas em todos os momentos da negociação, cada parte deve informar a ocorrência de motivos que podem influenciar na conclusão do negócio jurídico.

A inobservância do dever de informação na fase pré-contratual acarreta responsabilidade do infrator, conforme defende Menezes Cordeiro (2001, p. 550), “a conclusão de um contrato na base de falsas indicações, de informação deficiente ou, até de ameaças ilícitas, independentemente da aplicação do regime próprio dos vícios de formação de vontade”, implicará em dever de indenizar, tendo em vista a culpa na formação dos contratos.

GIOSEPPE GRISI (1990, p. 79/80) afirma que a obrigação de informação tem por finalidade a satisfação da exigência de esclarecimentos necessários e correta informação a respeito da atividade representativa, as partes, enquanto possam realizar estas avaliações das probabilidades e enquanto conhecedoras, ou ao menos são levadas a conhecer, as circunstâncias que, objetivamente analisadas, “revistam-se de importância decisiva na economia geral do regulamento de interesses que cada uma pretende poder definir”.

Pode-se encontrar elementos do dever de informação na disciplina do dolo, reconhecendo a violação dolosa como causa de anulação do negócio. O mesmo ocorre em relação à anulação da avença consubstanciada no erro, pois envolve considerações a respeito do dever de informar². Essa obrigação de informar também pode ser extraída do texto normativo protetivo do consumidor.

No Código de Defesa do Consumidor existe disciplina expressa no artigo 6º, ao dispor que constitui direito básico do consumidor à informação realizada com clareza, de forma adequada sobre os diferentes produtos e serviços, indicando as especificações corretas de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam.

Enfim, o dever acessório de informação, enquanto anexo ao conteúdo da boa-fé, possibilita o alcance do equilíbrio das posições entre as partes contratantes, que

² Assim, nos casos de erro ou reticência dolosa, ambas decorrentes do dever de informar, haja vista que possibilitam à parte a anulação do contrato, nos casos em que não foi devidamente esclarecida e informada a respeito de condições importantes do negócio.

por vezes encontra-se em posições desiguais, sendo que muitas vezes de um lado encontra-se um profissional empregado do fornecedor ou do prestador de serviço e de outra banda um indivíduo leigo em busca da satisfação de seu interesse.

Relativamente ao conteúdo da informação, Enéas Costa Garcia (2003, p. 112) classifica-o em duas espécies. A primeira espécie encontra-se relacionada com o dever de fornecer informações e não omitir-se sobre esclarecimento importante à formação da autonomia privada, portanto, um dever positivo. Mas poderá apresentar-se num aspecto negativo, que se constitui no dever de veracidade da informação, havendo vedação de prestar informações falsas, inverídicas ou enganosas.

Além do aspecto positivo e negativo do conteúdo do dever de informação, ela deverá ser prestada em momento oportuno, pois a informação tardia não se harmoniza com os preceitos da boa-fé, além do mais, poderá ser tida como ineficaz para fins de evitar o dano decorrente – que poderia ser evitado caso a informação fosse prestada no momento correto.

Pode a violação do dever de informação resultar da falta de tempestividade dela, isto é, pode o devedor ser responsabilizado pelos danos em situações em que, não tendo omitido a informação, a prestou em momento tardio, de tal modo que a falta de oportunidade tenha sido causa de danos, mais limitados ou até equivalentes aos de um total definitivo não-cumprimento. (PRATA, 1991, p. 50).

Relativamente ao tema, conteúdo do dever de informação, a obra da professora francesa Muriel Fabre-Magnan, intitulada *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*³, a autora apresenta o estudo da obrigação de informar a partir de aspectos morais e econômicos. Assinala que muitas vezes as exigências morais são incompatíveis com as exigências econômicas e práticas, por conseguinte, o Direito não conceitua essa obrigação de acordo com a recomendação da moral.

Aprofunda-se ainda na análise econômica do Direito, à medida que tenta demonstra que a informação em muitos casos tem um custo que não pode ser ignorado pelo Direito. Mas para o presente momento, importa anotar sua enorme contribuição em relação ao conteúdo do dever de informação.

Como já anotado em pontos anteriores, em sua obra, FABRE-MAGNAN (1992) aborda o conteúdo da obrigação de informar e o aprecia sobre dois elementos

³ Tese da autora defendida na Université de Paris I – Panthéon-Sorbonne.

igualmente importantes, o material e o moral.

O primeiro elemento, o material, constitui o objeto da obrigação de informar, apreciar o que deve ser informado e sobre quais prestações deve recair este dever, ou seja, a análise sobre qual o objeto da obrigação de informação, tendo em vista que não se pode obrigar o indivíduo a informar a outra parte sobre todos os elementos relativos a este contrato e mais, a respeito de todos os elementos em relação aos quais ele tem conhecimento. (FABRE-MAGNAN, 1992, p. 122)⁴.

A fim de determinar o conteúdo material do dever de informação a autora desenvolve um critério de aferição, que denomina critério da pertinência da informação⁵, segundo o qual, o elemento material do dever de informação é constituído por todo elemento suscetível de causar junto ao credor uma reação, no sentido de que se considerando que tivesse conhecimento da informação, sua conduta seria diferente, *v.g.*, teria se recusado a concluir o negócio ou teria tomado precauções para conseguir sua correta execução⁶.

Para delimitar o real alcance daquilo que possa determinar uma reação na parte contrária, Fabre-Magnan estabelece que fato pertinente consiste naquele fato que se relaciona com o objeto obrigacional advindas do contrato, aquele que é útil ao co-contratante e finalmente, fato pertinente é aquele cuja revelação não deve ser ilícita e cujo conhecimento possa ser utilizado na formação da autonomia privada (FABRE-MAGNAN, 1992, p. 133).

O critério da utilidade da informação não fica sujeito à subjetividade daquele detentor da informação, mas devem ser levados em conta critérios objetivos para a configuração da utilidade ou não da informação. Assim, o operador do direito deverá analisar objetivamente o contrato com todas as peculiaridades que lhe são

⁴ Cumpre registrar uma observação pertinente que o professor Antônio Junqueira de Azevedo realiza em sua obra Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: Estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum, ao afirmar que em alguns casos extremos, a exigência ilimitada do dever de informação implicará na equiparação do fornecedor a um assistente social.

⁵ Fabre-Magnan critica os critérios tradicionais existentes, constituídos pelo critério das informações intrínsecas ao objeto do contrato e o critério das informações sobre a qualidade substancial do objeto, tendo em vista que estes critérios limitam o dever de informação, ao passo que seriam devidas apenas aquelas relacionadas diretamente ao objeto do negócio ou às prestações envolvidas no contrato. Para a autora, algumas informações exteriores são relevantes para a celebração do negócio. “Ce critère est assez large, mais il conduit tout de memê à nier l’existence de certaines obligations d’information. L’élément matériel de l’obligation d’information peut être défini comme étant tout élément susceptible d’entraîner chez le créancier une réaction, em ce sens que si ce dernier avait connu l’information, il aurait agi différemment c’est-à-dire, par exemple, qu’il aurait refusé de conclure le contrat ou encore aurait pu prendre ses dispositions pour em obtenir une correcte exécution (FABRE-MAGNAN, 1992, 132).

⁶ Critério muito parecido com a definição do dever de informação realizada por doutrinadores italianos como já discorrido na pesquisa.

inerentes, bem como as obrigações envolvidas e somente após, definir se aquela informação omitida era útil ou não.

No que tange ao critério da ausência de ilicitude da informação, essa obrigação não pode configurar um fato que a lei proíbe⁷ ser considerado como fator de decisão da parte contratante, *v.g.*, o patrão que não pode questionar a respeito de estado de gravidez da pretensa empregada. Assim, seriam ilícitas informações a respeito da opção sexual do indivíduo, raça, opinião religiosa ou política, para fins de seleção de empregados. (FABRE-MAGNAN, 1992, p. 124). Assim, não configura obrigação de informação quando o fato ventilado pela informação não pode ser utilizado para fundar a decisão de firmar o negócio jurídico.

Finalmente, o outro objeto investigado é sobre quais prestações deve recair a obrigação de informação, FABRE-MAGNAN (1992, p. 152) traz a memória um exemplo em que um dono de um antiquário realiza negócio jurídico de venda e compra, cujo objeto é um quadro, que não lhe interessava mais, e o valor pretendido é irrisório, módico. O comprador, *expert* em arte, ao realizar pesquisas minuciosas e trabalho de restauração, descobre que o objeto é uma obra prima, possuindo elevado valor.

A autora questiona se nessa situação o alienante do bem poderia pleitear a anulação do negócio jurídico, consubstanciado no erro e violação do dever de informação, pois o adquirente era especialista, isto porque o erro recai sobre a qualidade do quadro, logo, à própria prestação do devedor.

A doutrina e jurisprudência francesa aceita a anulação nesta hipótese, ainda que incorra na própria prestação, no entanto, Fabre-Magnan discorda desse posicionamento ao considerar a análise econômica do direito e o valor da busca da informação⁸.

Para a autora o contratante teve despesas a fim de obter as informações, por conseguinte, seria injusto que a parte contrária requeresse a anulação do negócio, beneficiando-se do trabalho alheio, até mesmo porque, presume-se que o alienante conhecia a coisa, ou, ao menos, tinha obrigação de conhecê-la e, se a aliena sem a devida prudência, seu erro foi inescusável, não sendo possível a anulação do instrumento.

Assim, atribuir ilimitadamente o dever de informação sobre a prestação,

⁷ Para autora essa proibição legitima o devedor da obrigação de informação não apenas a omissão da informação, mas inclusive mentir nos casos de indagação.

⁸ No Brasil exige-se que o erro seja substancial, sendo irrelevante a origem da prestação considerando-se quem o alega. Assim, aparentemente aproxima-se da doutrina francesa.

ensejaria a transferência integral dos riscos do negócio ao adquirente, tendo em vista que o alienante não correria risco algum, ainda que houvesse cometido uma falha gravíssima na avaliação da coisa, pois o adquirente teria a obrigação de lhe advertir.

Isso implicaria injustiça social ao passo que apesar de sua conduta negligente, o vendedor do bem teria proveito econômico de todo o trabalho realizado pelo comprador ao obter as informações. A isso se dá o nome de custo da busca pela informação.

Diferentemente seria numa relação em que as partes são desiguais, pois o uso da vantagem informativa, em proveito próprio, poderá acarretar lesões ao dever de proteção da parte mais fraca do contrato. Neste sentido, GIUSEPPE GRISI (1990, p. 89), destaca que a tutela e proteção da parte fraca do contrato, pode revestir-se de um relevo absolutamente prevalecente e justificar, portanto, o sacrifício imposto à parte que detém a informação, sendo que este ato encontra sua tradução na colocação de um limite ao poder de fruição da vantagem informativa, gerando a obrigação de informar o co-contratante a respeito da circunstância conhecida.

Assim, em se tratando de relações que envolvem contratantes que ocupam posições desiguais, em que um é vulnerável ou ainda hipossuficiente, o conteúdo do dever obrigacional poderá recair, inclusive sobre a prestação decorrente do negócio jurídico.

Feita tais considerações a respeito do conteúdo do dever de informação, considerando seus elementos materiais, prosseguir-se-á à análise do tema, sob a ótica de Muriel Fabre-Magnan, no entanto, analisando-se o elemento moral da obrigação de informar.

O elemento moral, segundo a autora, encontra-se relacionado com a desigualdade existente entre as partes contratantes e possibilita a apreciação do dever de obrigação sob a ótica do devedor e do credor, pois serve para mensurar este estado de desigualdade (FABRE-MAGNAN, 1992, 186 e ss).

Inicialmente, em relação ao devedor da obrigação de informar, a autora afirma que não pode exigir deste devedor, a informação desejada pelo credor, nos casos em que aquele desconhece a informação e não deveria sabê-la. Isto ocorre nos casos em que as partes ignoravam o fato, trata-se de erro comum que não possibilita a anulação do negócio jurídico.

Tem-se também, a necessidade do devedor prestar as informações adequadas, ainda que o credor não as solicite, pois a reticência é culpável. A

determinação de quais informações são imprescindíveis é realizada através da destinação normal do contrato, ou seja, aquelas que são inerentes àquela espécie contratual e o ônus da prova desta importância cabe ao credor da informação, a medida que terá que demonstrar a relevância desta para a formação da sua vontade⁹.

Nos contratos que têm por objeto coisas perigosas, informações relativas ao uso são obrigatórias ao credor, por questão de segurança e evitar a ocorrência de danos. A necessidade de prestar informações também é obrigatória nos casos em que o devedor possui um saber, uma técnica que devem ser transmitidas a seus clientes, ou seja, nas relações envolvendo profissionais.

Assim, nos casos relativos aos profissionais, deve-se levar em conta que estes possuem domínio de suas competências, bem como nos casos relativos às informações sobre qualidades substanciais do objeto, o devedor não pode alegar ignorância, pois sobre ele pesa o dever de informar-se para informar (FABRE-MAGNAN, 1992, p. 192/193).

Em effet, les professionnels sont censés connaître certaines informations qui relèvent de leur compétence. Dès lors, ils ne pourrout pas, dans une espèce particulière, alléguer qu'ils ne connaissaient pas l'information pour s'exonérer de leur obligation d'infomation. En réalité, il est possible de dire que, pour le professionnel, la connaissance de l'information est appréciée *in abstracto*, c'est-à-dire que l'on recherche, non pas si le professionnel considéré connaissait l'information, mais plutôt si, compte tenu de leurs compétences et qualifications, il aurait dû connaître l'information.¹⁰

Por outro lado, o elemento moral apreciado sob a perspectiva do credor leva a algumas conclusões. Primeiramente, não existe dever de informação, se o credor conhece a informação, pois se assemelha à ignorância ilegítima, inescusável, nos casos em que este tinha condições de conhecê-la¹¹. Em seus estudos, FABRE-MAGNAN (1992, p.215) demonstra que a ignorância somente resta legítima quando a parte não

⁹ A autora destaca que existem situações que permitem a presunção da importância da informação para aquele caso, como por exemplo, ocorre nas relações que envolvem profissionais, tendo em vista que tais possuem qualificações que permite ir de encontro com os desejos de sua clientela, por conseguinte, presume-se que sabem quais informações são determinantes para ele.

¹⁰ Tradução livre: Com efeito, os profissionais são reputados conhecedores de certas informações que decorrem de sua competência. Decorre daí que não poderão, num caso particular, alegar que não conheciam a informação para se exonerar de sua obrigação de informação. Na realidade, pode-se dizer que, para o profissional, o conhecimento da informação é apreciado *in abstracto*, quer dizer: não se procura determinar se o profissional considerado conhecia a informação, mas sobretudo, tomando em conta suas competências e qualificações, ele deveria ter conhecido a informação.

¹¹ Isto porque o próprio fundamento do dever de informar é a desigualdade existente entre as partes, relativamente às possibilidades de obtenção dessas informações. Assim, inexistente obrigação nos casos em que ambas as partes possuem as mesmas condições e possibilidades de conhecê-las.

poderia conseguir a informação ou ainda, havia confiança legítima na outra parte.

Dessa forma, se sobre o devedor pode recair uma obrigação de informar-se para informar, o mesmo ocorre ao credor, que deve ter uma postura diligente no sentido de que deve tomar a iniciativa de ser informado sobre aquilo que lhe é útil, não lhe sendo possível a simples invocação da ignorância, pois pode configura erro inescusável (GARCIA, 2003, p. 133).

Novamente citando GIUSEPPE GRISI (1990, p. 84), importa ressaltar que cada parte contratante é obrigada a atuar com a devida diligência, com vistas a angariar informações necessárias e caso não adote tal medida, não poderá se valer da própria ignorância, tendo em vista que sua própria conduta negligente contribuiu para este estado de ignorância. (GARCIA, 2003, p. 113).

Registrado o conteúdo do dever de informação e demonstrado que a informação intempestiva equipara-se a sua ausência, cumpre prosseguir no estudo, a fim de apreciar quais as consequências do descumprimento do dever de informar.

4 Consequências do Descumprimento do Dever de Informação

Em matéria de descumprimento do dever de informar, a maior parte da doutrina relaciona-o à responsabilidade civil contratual. A ausência de informação adequada ou a informação inverídica acarretaria o dever de indenizar a parte prejudicada por essa conduta.

No entanto, nem sempre a responsabilidade civil do devedor das informações será a melhor alternativa, visto que muitas vezes a simples indenização não atende adequadamente aos interesses da vítima, posto que seu desejo não seja a indenização, mas o cumprimento daquilo que foi oferecido na informação inadequada ou falsa.

Outros partem do pressuposto de que o dever de informação encontra-se relacionado à teoria do consentimento, haja vista que a informação prestada irradia efeitos na formação da vontade. Logo, o descumprimento da obrigação de informar pode configurar vício de consentimento.

Em se tratando de vício de consentimento, a violação do dever de obrigação ensejaria erro decorrente de dolo ou até mesmo omissão dolosa, configurando-se assim, a reticência dolosa. Nestes casos, o descumprimento do dever de

informação foi tão grave, que poderia gerar uma discrepância entre a vontade declarada e a vontade real, possibilitando a anulação do negócio jurídico, tendo em vista a impossibilidade de manutenção do contrato (GARCIA, 2003, p. 134).

Ocorre que não são em todos os casos que a violação ao dever de informação traz consequências intensas que facultam à vítima a anulação do instrumento. Além disso, o contrato tem seu proveito social, devendo as partes esforçar-se à sua conservação.

Some-se a tudo isso, o fato de que em alguns casos a própria vítima não deseja a anulação do negócio jurídico, pois esta anulação pode ir contra seus interesses e assim prejudicá-la.

Assim, nas hipóteses em que a anulação do negócio jurídico e a pretensão indenização por perdas e danos não se harmonizam de maneira que impliquem em solução justa para o caso, do mesmo modo, não houve ausência de informação, mas fora prestada de maneira errônea ou incompleta, a professora francesa Fabre-Magnam propõe uma nova solução.

Nestes casos, a autora propõe uma espécie de sanção ao infrator do dever de informar resumida em dar força obrigatória à informação prestada erroneamente ou com circunstâncias omitidas. Nas palavras da catedrática francesa, a sanção mais apropriada consiste frequentemente em tornar obrigatória a informação errônea transmitida por uma das partes e alargar, assim, o conteúdo do contrato (FRABRE-MAGNAN, 1992, 509)¹².

Por intermédio dessa solução proposta pela autora, a informação prestada de modo errôneo ou contendo elementos falsos, que contribuiu para a decisão de realizar o negócio jurídico, por questão de justiça, deve ser absorvida no contrato, considerando-a como verdadeira nos moldes como o credor a compreendeu.

No direito pátrio, situação similar ocorre com a vinculação da oferta prevista no Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que toda informação ou

¹² No original: “Lorsqu’une information erronée a été transmise à un contractant et qu’elle l’a à émettre un consentement, la sanction qui nos semble, dans la plupart des hypothèses, la plus efficace, consiste à faire comme si l’information donnée entrait dans le champ contractuel en tant qu’obligation devant être exécutée par le débiteur de l’obligation d’information. Par hypothèse, l’information transmise ne correspond pas à la réalité. La réparation proposée consiste alors, plutôt que de sanctionner la transmission d’une information non conforme à la réalité, à faire en sorte que la réalité soit conforme à l’information transmise et qui était favorable à son destinataire. Une telle solution est particulièrement efficace, en ce qu’elle décourage le débiteur de transmettre une information erronée, et notamment de pratiquer la publicité mensongère. Elle est également satisfaisante pour le créancier qui désire conclure le contrat aux conditions initialement envisagées. Elle suppose, dans tous les cas, que le débiteur ait transmis au moins un début d’information de façon suffisamment précise (FABRE-MAGNAN,)

publicidade realizada por aquele que quer oferecer bens ou serviços integram o negócio jurídico, havendo, portanto, ampliação da oferta (SCHIER, 2006, p. 73).

Entretanto, neste caso propriamente dito, trata-se de aplicação do princípio da vinculação da oferta, realizada através de atividade publicitária, pautada no princípio da verdade, enquanto que a proposta da autora constitui o reconhecimento da força obrigatória da informação prestada, como forma de sanção àquele que descumpriu seu dever e nos casos em que a simples indenização por perdas e danos ou a anulação do contrato, não são suficientes para a realização de uma solução justa.

Ademais, a recomendação da autora francesa é mais abrangente, ao passo que poderá abranger tanto as informações inerentes à espécie de contrato a ser realizado, como poderá recair, em alguns casos, sobre a própria prestação, nos casos envolvendo partes que ocupam posições desiguais.

5 CONCLUSÃO

A informação pode apresentar-se tanto como direito, constituída pelo direito de informar e ser informado, como dever, integrante do conteúdo obrigacional na perspectiva contemporânea dos negócios jurídicos, ao passo que o conteúdo obrigacional não se resume mais à obrigação principal propriamente dita, assumida na avença, mas existem deveres anexos ou de conduta nas fases contratuais.

Ao se tratar do direito de ser informado, este desempenha um papel importante no contexto de Estado Democrático de Direito, a medida que para que o indivíduo possa formar e expressar suas opiniões, ideias ele precisa conhecer a realidade em que está inserido, pois a democracia persegue a elevação do espírito humano por meio da educação e do fim da marginalização.

Por outro lado, encontra-se o dever do detentor de informações em prestar os esclarecimentos necessários à realização do negócio jurídico. Incontestavelmente, o dever de informação constitui dever de conduta das partes contratantes, que devem realizar a avença observando a boa-fé e a função social do contrato, no entanto, o problema encontra-se cerne no conteúdo dessa obrigação, o que deve ser informado e sobre quais prestações recaem este dever.

No intento de se evitar subjetividades, tanto no aspecto do credor das informações, como do detentor desses esclarecimentos, é importante registrar o critério

utilizado pela doutrina francesa, consistente no critério da pertinência da informação.

Assim, um dos elementos que integra o conteúdo do dever de informar é a pertinência, ou seja, a informação capaz de influenciar diretamente na formação da autonomia privada, os fundamentais que ensejaram ao credor da informação a firmar o negócio jurídico.

Dessa feita, todo fato capaz de causar reflexos imediatos na vontade do celebrante do contrato deve ser considerado como necessário e integrante do conteúdo do dever de informar, sendo aqui um instrumento inerente à teoria do vício de consentimento.

Portanto, constitui elemento material da obrigação de informar, aquilo que deve ser informado e sobre quais prestações deve recair, filtrado pelo critério de pertinência, todo elemento suscetível de causar junto ao credor uma reação, no sentido de que se tivesse conhecimento da informação sua conduta seria diferente.

Com efeito, é pertinente o fato que se relaciona com o objeto obrigacional, o útil ao co-contratante e aquele cuja revelação não deve ser ilícita e cujo conhecimento possa ser utilizado na formação da autonomia privada.

Do ponto de vista da moral, a informação relaciona-se com a desigualdade existente entre as partes contratantes. Por conseguinte, em relação ao devedor da obrigação de informar, não existe obrigação quando a informação desejada não é de seu conhecimento e inexistia dever de sabê-la, persiste a obrigação ainda que o credor não a solicite e nos casos em que o detentor da informação possui um saber ou uma técnica que deve ser transmitida à parte contrária, a informação é obrigatória, havendo a impossibilidade de alegação de ignorância.

Ainda sob o elemento moral, no entanto, sob a ótica do credor da informação, exige-se deste uma postura diligente no sentido de que deve tomar iniciativa de ser informado sobre os fatos que lhe são úteis, não lhe sendo dado a simples alegação de ignorância, sob pena de erro inescusável.

Desta feita, cada parte contratante é obrigada a atuar com a devida diligência, não poderá se valer da própria ignorância, pois sua conduta negligente contribuiu para este estado de ignorância.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello. **Constituição e Codificação: Primórdios do binômio**. A reconstrução do direito privado. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ARGENTINA, CODIGO CIVIL DE LA NACION ARGENTINA. **Ley 340**. Buenos Aires, 25 de Setiembre De 1869.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: Estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, 18:23-31, abril/junho, 1996.

BASTERRA, Marcela I. **El derecho fundamental de acceso a la información pública**. 1ª ed, Buenos Aires: Lexis Argentina, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados**, in Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Orlando Gomes, São Paulo: Forense, 1979.

BARCELONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovene, 1993.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BETTI, Emilio. **Teoria do negócio jurídico**. Trad. Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Ed., 1969, t.1.

BITTAR, Carlos Alberto. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3ª ed. rev. e atual. da 2ª edição da obra O direito civil na Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CALSAMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**. Revista Eletrônica Doxa, Alicante, nº. 21. Disponível em:
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/index.htm>. Acesso em 08 ago.2013.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COSTA, Mário Júlio Almeida. **Direito das obrigações**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson (coord.). RAMOS, Carmen Lucia Silveira (et. al.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FIGUEROA, Alfonso García. **La teoría del derecho em tempos de constitucionalismo**. Neoconstitucionalismo. Org. Miguel Carbonel. Madrid: Trotta, 2003.

Français, Code civil Français: édition originale et seule officielle – A Paris, de l'Imprimerie de la République, Na XII 1804. Disponível em <http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp>. Acesso em 04/05/2014.

GARCIA, ENÉAS COSTA. **Responsabilidade pré e pós contratual à luz da boa-fé**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

GHESTIN, Jacques. **Traité de Droit Civil. La information du contrat**. Paris, 3ª Ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.

GRISI, Giuseppe. **L'obligo precontrattuale di informazione**. Jovene, 1990.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Almedina, 1982.

MARTINS-COSTA, Judith. **Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro, in *Ajuris*, n.º.56**. Porto Alegre, 1992.

_____. **A boa-fé no direito privado**. Sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª ed., 2ª triagem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2000.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra Ed., 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3 ed. rev. e atual. Coimbra Ed., 2000, t.I.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

PRATA, ANA. **Notas sobre a responsabilidade pré-contratual**. Lisboa, 1991.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 1ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIGNATARO, Gisella. **Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese**. Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira Ramos. **A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.**

SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar.** Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato.** Rio de Janeiro: 2002.

STROPPIA, Tatiana. **As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.