

**CAROLINA CASTRO COSTA VIEGAS**

**Dos limites do dever de informar e do dever de informar-se:  
análise a partir do impacto da assimetria da informação no direito  
contratual**

**Tese de Doutorado**

**Orientador: Professor Doutor Marco Fábio Morsello**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO  
São Paulo-SP  
2021**

**CAROLINA CASTRO COSTA VIEGAS**

**Dos limites do dever de informar e do dever de informar-se:  
análise a partir do impacto da assimetria da informação no direito contratual**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Marco Fábio Morsello.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO  
São Paulo-SP  
2021**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Viegas, Carolina Castro Costa

Dos limites do dever de informar e do dever de informar-se: análise a partir do impacto da assimetria da informação no direito contratual ; Carolina Castro Costa Viegas ; orientador Marco Fábio Morsello -- São Paulo, 2021.

207 f.

Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Direito civil. 2. Responsabilidade pré-contratual. 3. Dever de informar. 4. *Duty to mitigate the loss*. 5. Dever de se informar. I. Morsello, Marco Fábio, orient. II. Título.

---

Nome: VIEGAS, Carolina Castro Costa

Título: Dos limites do dever de informar e do dever de informar-se: análise a partir do impacto da assimetria da informação no direito contratual

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito Civil.

Aprovada em: \_\_\_\_\_

**Banca Examinadora:**

Prof. Dr. Marco Fábio Morsello

Instituição: Universidade de São Paulo

Julgamento: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

## **AGRADECIMENTOS**

Inevitável pontuar o quanto o auxílio gracioso de antigos conhecidos, amigos e novas pessoas que vieram agregar, nesse sinuoso caminho que consiste na elaboração da tese de doutorado, foi determinante para que o presente resultado fosse possível.

De proêmio, agradeço meu orientador, Prof. Dr. Marco Fábio Morsello, que não apenas depositou sua confiança no meu projeto como sempre se mostrou solícito em conduzir-me por esse trajeto, para além das funções pragmáticas de sua função, por vezes com palavras de incentivo, outras emprestando-me obras a que, de outro modo, eu não teria tido acesso.

Cumpre prestar minhas homenagens também à sempre nova, velha academia – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde descobri o gosto pelo Direito ainda na graduação e que nunca fechou suas portas para que eu voltasse para aprofundar meu conhecimento. Aos funcionários, cujo auxílio sempre se mostrou fundamental, agradeço na pessoa do Sr. Cássio.

Importante deixar registrada minha gratidão ao Prof. Titular Antônio Junqueira de Azevedo, que, por seu amor à docência, instigando-nos sempre ao raciocínio jurídico, com o auxílio de brilhantes civilistas que foram meus monitores – Prof. Dr. Marco Fábio Morsello, Prof. Dr. Luciano Penteado e Prof. Dra. Flávia Portella Püschel –, definiu minha predileção e, sem querer, meu caminho pelo Direito Civil.

Presto honras especiais ao Prof. Dr. Christian Baldus, que deu um voto de confiança à minha pesquisa e aceitou-me no doutorado sanduíche por meses turbulentos – início da pandemia, com fechamentos inclusive das bibliotecas – na primorosa Universidade de Heidelberg. Sua condução pelos então ainda desconhecidos caminhos do Direito Civil alemão revelou-me, sobretudo, uma nova perspectiva sobre o papel das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados no Direito alemão, em contraposição àquela predominante na Universidade de Munique.

Na oportunidade, agradeço o conhecimento e a amizade compartilhados com os queridos amigos, futuros professores, Simon Loheide e Dra. Elena Pezzato. Agradeço, porquanto sem esse apoio à contínua formação dos magistrados essa experiência não teria sido possível, ao egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na pessoa do Dr. Carlos Muta e da Dra. Marisa dos Santos, corregedores ao tempo da autorização para minha ausência.

Meus agradecimentos ao Max-Planck-Hamburg, na pessoa de seu diretor, Prof. Dr. Reinhard Zimmermann, que me recebeu, em mais de uma oportunidade, em um excelente ambiente de pesquisas, debates e estudos. Por sua disponibilidade, humildade e brilhantismo, nunca tendo deixado de responder às minhas indagações, rendo homenagens ao Dr. Jan Schmidt, pesquisador na mesma instituição. Aos amigos que por lá fiz e que me premiaram não apenas com suas considerações inteligentes, mas com momentos de descontração, agradeço na pessoa da Prof. Dra. Catarina Monteiro Pires.

Aos meus pais, por terem me concedido todas as oportunidades possíveis, e pela paciência, amor e compreensão.

À minha irmã Lígia e às amigas, quase irmãs, Mariana Prates de Sousa e Jeannine Kruppa, sem as quais faltariam a alegria, o acolhimento e a força necessária para escrever a presente tese.

A Deus, que é Aquele que conduz o universo.

*“Nada é previsível; no máximo,  
tudo é apenas provável. Tudo é incerto.”*  
(Marc Halévy)

## RESUMO

VIEGAS, Carolina Castro Costa. *Dos limites do dever de informar e do dever de informar-se: análise a partir do impacto da assimetria da informação no direito contratual*. 207 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

No presente estudo, após uma análise sobre o contexto socioeconômico atual – em que se destacam a ampla coleta e tratamento de dados, e os impactos da pandemia do Coronavírus sobre vários aspectos da vida em sociedade –, pretende-se estabelecer as balizas do dever de informar e, ao final, investigar a existência e os contornos do dever de se informar. A informação, ao transformar a percepção de quem a apreende, influencia diretamente na tomada de decisão, inclusive de contratar e em que termos. Seu impacto, portanto, deve ser analisado tanto do ponto de vista das consequências da assimetria informacional como sob o viés da economia comportamental, que realça as limitações dos seres humanos, inclusive de sua racionalidade. Na primeira parte, busca-se traçar o que se entende por Era da Informação, sociedade da informação, Era do Conhecimento, sociedade do conhecimento, economia das ideias e o contexto nebuloso com a pandemia do Coronavírus ainda em progresso. Diferenciam-se os conceitos de dado, informação e conhecimento, inclusive sua importância no desenvolvimento das tecnologias computacionais, bem como as especificidades de uma palavra bastante em voga, mas ainda com definição controversa: desinformação. Para a melhor compreensão do dever de informar, no âmbito jurídico, apresenta-se um breve panorama dos Direitos português, francês e alemão. Na segunda parte, deduz-se a influência no campo contratual de aspectos da assimetria informacional, da percepção da realidade enviesada, consoante a economia comportamental, imputação de riscos e incentivos aos agentes econômicos, sobretudo no momento da formação do contrato. Ademais, investigadas as balizas da interpretação e integração dos contratos, diferenciando aqueles paritários dos que não são, destaca-se a função de equalização da assimetria informativa por meio de cláusulas estabelecidas entre as partes contratantes. Por outra vertente, descortinam-se os deveres informacionais decorrentes da boa-fé objetiva, inclusive seu desenvolvimento a partir do § 242 do BGB, que deu ensejo a deveres acessórios e laterais, posteriormente inseridos nos §§ 241, II, e 311, ambos do BGB. Ainda é apresentado como tais deveres despontam na prática contratual, com destaque para as tratativas preliminares, ressaltando-se a importância do desenvolvimento da teoria de Jhering da *culpa in contrahendo*. Propõe-se o estudo de caso do contrato de franquia, por não ser paritário tampouco consumerista, tecendo-se apontamentos sobre a jurisprudência atual. Na terceira e última parte, compartilham-se os elementos conhecidos e possíveis deduções que permitem o reconhecimento de um dever de se informar. De partida, apresentam-se os fundamentos do *duty to mitigate the loss*, seja no Direito norte-americano, onde surgiu, seja a partir de disposições expressas no Direito italiano ou de aplicações assemelhadas no Direito alemão (§ 254 do BGB). Aprofundam-se, sobre as categorias da responsabilidade civil, diversos aspectos da tutela da confiança, com destaque à teoria de Canaris e a seu cotejo com o ordenamento jurídico brasileiro. Ao final, reconhece-se a existência do dever de se informar no Brasil, fora dos lindes do art. 403 do Código Civil, em consonância com sua rejeição no Direito francês, definindo-se como deve ser compreendido e aplicado.

**Palavras-chave:** Informação. Desinformação. Boa-fé objetiva. *Schutzpflichten*. Dever de informar. Responsabilidade pré-contratual. Responsabilidade pela confiança. *Duty to mitigate the loss*. Dever de se informar.

## ABSTRACT

VIEGAS, Carolina Castro Costa. *About the limits of the duty to inform and the duty to stay informed: an analysis based on the impact of information asymmetry in contractual law*. 207 f. Thesis (Doctorate in Civil Law) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

This study, after an analysis of the current socio-economic context, where stands out the extensive collection and processing of data and the impacts of the Coronavirus pandemic on various aspects of life in society, aims to establish the benchmarks for the duty to inform and, further on, investigate the existence and contours of the duty to stay informed. Information, by transforming the perception of those who grasp it, directly influences decision-making, including hiring and on what terms. Its impact, therefore, must be analyzed both from the point of view of the consequences of informational asymmetry, as well as from the perspective of behavioral economics, which highlights the limitations of human beings, including their rationality. The first part seeks to outline what is meant by the Information Age, the Information Society, the Knowledge Age, the Knowledge Society, the Economy of Ideas, and the hazy context with the ongoing Coronavirus pandemic. The concepts of data, information, and knowledge are differentiated here, including their importance in the development of computational technologies, as well as the specificities of a very popular word, but still with a controversial definition: disinformation. For a better understanding of the duty to inform in the legal field, a brief overview of Portuguese, French, and German Law is presented. In the second part, this thesis addresses the influence in the contractual field of aspects of informational asymmetry, the perception of biased reality, in accordance with behavioral economics, risk imputation, incentives to economic agents, especially at the time of contract formation. Furthermore, after investigating the interpretation and integration of contracts, differentiating those that are equal from those that are not, this study highlights the role of balancing out information asymmetry through clauses established between the contracting parties. As an alternative, the informational duties arising from objective good faith are set forth, including its development from § 242 of the BGB, which gave rise to accessory and lateral duties, later inserted in § 241, II, and § 311, both of the BGB. It is then presented how such duties emerge in contractual practice, with an emphasis on preliminary negotiations, stressing the importance of developing Jhering's theory of culpa in contrahendo. A case study of the franchise agreement is proposed, as it is neither equal nor consumerist, commenting on current jurisprudence. The third, and last part, lays out the known elements and possible deductions that allow the recognition of a duty to stay informed. As a starting point, the fundamentals of duty to mitigate the loss are presented, whether in US-British law, where it emerged, whether from express provisions in Italian law or similar applications in German law (§ 254 of the BGB). It goes deeper into the categories of civil liability, various aspects of trust protection, with an emphasis on Canaris' theory and in comparison to the Brazilian legal system. In the end, this thesis recognizes the existence of the duty to stay informed in Brazil, outside the boundaries of art. 403 of the Civil Code, in line with its rejection in French Law, defining how it should be understood and applied.

**Keywords:** Information. Disinformation. Objective good faith. Schutzpflichten. Duty to inform. Pre-contractual liability. Responsibility for trust. Duty to mitigate the loss. Duty to stay informed.

## ZUSAMMENFASSUNG

VIEGAS, Carolina Castro Costa. *Zu den Grenzen der Informationspflicht und der Pflicht, sich selbst zu informieren*: Eine Analyse zu den Auswirkungen der Informationsasymmetrie im Vertragsrecht. 207 f. Abschlussarbeit (Promotion im Zivilrecht). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

In dieser Untersuchung sollen nach einer Analyse des aktuellen sozioökonomischen Zusammenhangs – in der die umfangreiche Datenerhebung und -verarbeitung sowie die Auswirkungen der Coronavirus-Pandemie auf verschiedene Aspekte des gesellschaftlichen Lebens im Vordergrund stehen – Beschränkungen für die Informationspflicht aufgestellt werden und schließlich das Bestehen und die Umrisse einer Pflicht, sich selbst zu informieren, untersucht werden. Indem die Informationen die Wahrnehmung derer verändern, die von ihnen Kenntnis erlangen, beeinflussen sie unmittelbar die Entscheidungsfindung einschließlich des Entschlusses zum Vertragsschluss und dessen Bedingungen. Ihre Auswirkungen müssen daher sowohl unter dem Gesichtspunkt der Folgen der Informationsasymmetrie als auch aus der Perspektive der Verhaltensökonomie analysiert werden, welche die Grenzen des Menschen, einschließlich seiner Rationalität, hervorhebt. Der erste Teil der Arbeit versucht nachzuvollziehen, was gemeint ist mit den Ausdrücken des Informationszeitalters, der Informationsgesellschaft, des Wissenszeitalters, der Wissensgesellschaft und der Ökonomie der Ideen sowie dem verschwommenen Kontext der noch im Gange befindlichen Coronavirus-Pandemie. Die Begrifflichkeiten der Daten, Informationen und des Wissens werden voneinander abgegrenzt einschließlich ihrer Bedeutung für die Entwicklung von Computertechnologien sowie die Besonderheiten eines sehr populären Wortes, dessen Definition jedoch noch immer kontrovers diskutiert wird: Desinformation. Zum besseren Verständnis der Informationspflicht im Rechtsbereich wird ein kurzer Überblick über das portugiesische, französische und deutsche Recht gegeben. Im zweiten Teil wird der Einfluss von Aspekten der Informationsasymmetrie sowie der Wahrnehmung einer verzerrten Realität abgeleitet mit Blick auf die Verhaltensökonomie, Risikoverteilung und Anreize für Wirtschaftsakteure insbesondere bei Vertragsschluss. Darüber hinaus wird nach einer Untersuchung der Auslegung und Integration von Verträgen sowie unter Differenzierung zwischen paritätischen und nichtparitätischen Rechtsgeschäften die Funktion des Ausgleichs der Informationsasymmetrie durch zwischen den Vertragsparteien vereinbarte Klauseln hervorgehoben. Auf der anderen Seite werden die Informationspflichten aus Treu und Glauben behandelt einschließlich ihrer Entwicklung aus § 242 BGB, der zur Ausbildung von Neben- und Schutzpflichten herangezogen wurde, die später in § 241 II und § 311 BGB kodifiziert wurden. Es wird auch aufgezeigt, wie solche Pflichten in der Vertragspraxis entstehen, wobei der Schwerpunkt auf Vorverhandlungen liegt und die Bedeutung der Entwicklung von Jherings Theorie der culpa in contrahendo hervorgehoben wird. Ferner werden eine Fallstudie zum Franchisevertrag vorgelegt, da er weder ein paritätischer noch ein Verbrauchervertrag ist, und Bemerkungen zur aktuellen Rechtsprechung anstellt. Der dritte und letzte Teil behandelt die bekannten Elemente und denkbaren Herleitungen, die die Anerkennung einer Pflicht, sich selbst zu informieren, ermöglichen. Als Ausgangspunkt werden die Grundsätze der Schadenminderungspflicht sowohl im US-amerikanischen Recht, in dem sich eine solche herausgebildet hat, als auch in den ausdrücklichen Vorschriften im italienischen Recht und vergleichbaren Anwendungen im deutschen Recht (§ 254 BGB) dargestellt. Aufbauend auf den Kategorien der zivilrechtlichen Haftung, werden verschiedene Aspekte des Vertrauensschutzes vertieft, wobei der Schwerpunkt auf Canaris' Theorie und deren Vergleich mit dem brasilianischen Rechtssystem liegt. Abschließend wird die Existenz einer Pflicht, sich selbst zu informieren, in Brasilien außerhalb der Grenzen des Art. 403 des brasilianischen Bürgerlichen Gesetzbuchs anerkannt, in Übereinstimmung mit seiner Ablehnung im französischen Recht, und festgelegt, wie es zu verstehen und anzuwenden ist.

**Schlagnworte:** Auskunft. Desinformation. Treu und Glauben. Schutzpflichten. Informationspflicht. Vorvertragliche Haftung. Vertrauenshaftung. Schadenminderungspflicht. Pflicht, sich selbst zu informieren.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – ação direta de inconstitucionalidade

Acordo TRIPS – *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*

AgInt – agravo de instrumento

AREsp – agravo em recurso especial

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemão)

BGH – *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal Alemão)

ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

Inq – inquérito

KDD – *knowledge discovery in databases*

MP – medida provisória

OMC – Organização Mundial do Comércio

OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

REsp – recurso especial

TICs – tecnologias da informação e da comunicação

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Unidroit – *Institut International pour l'Unification du Droit Privé*

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| INTRODUÇÃO .....   | 15 |
| PARTE I – CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS .....  | 22 |
| CAPÍTULO 1 – Da Era da Informação .....  | 22 |
| 1.1 Da evolução para a sociedade da informação .....   | 22 |
| 1.2 Avanços para uma Era do Conhecimento .....   | 27 |
| 1.2.1 A sociedade do conhecimento .....  | 27 |
| 1.2.2 A economia das ideias .....  | 29 |
| 1.3 Do contexto atual .....  | 35 |
| 1.3.1 Fim de uma era? .....  | 35 |
| 1.3.2 Da economia pós-pandemia: retorno à valorização do material .....                                | 39 |
| CAPÍTULO 2 – O que é informação? .....   | 46 |
| 2.1 Definição geral e diferenças em relação a dados e conhecimento .....                               | 46 |
| 2.2 Da desinformação.....  | 52 |
| 2.2.1 Definição .....  | 52 |
| 2.2.2 Dos impactos sociais e econômicos .....  | 56 |
| 2.3 Aspectos jurídicos e distinção quanto a figuras semelhantes.....                                   | 60 |
| PARTE II – DO DEVER DE INFORMAR.....   | 69 |
| CAPÍTULO 3 – Dos impactos da assimetria informacional na formação dos contratos ....                   | 69 |
| 3.1 Análise econômica da assimetria informacional.....   | 69 |
| 3.2 Da apreensão da assimetria informacional pelo sistema jurídico .....                               | 71 |
| 3.3 Das informações relevantes para a tomada de decisão .....  | 73 |
| 3.4 Dos custos irrazoáveis segundo o uso comercial e a finalidade lucrativa.....                       | 76 |
| 3.5 Dimensionamento e imputação dos riscos contratuais.....  | 78 |
| 3.6 Dos incentivos aos agentes econômicos para o fornecimento de informações.....                      | 80 |
| 3.7 Argumentos macrojurídicos no campo do direito contratual.....                                      | 81 |
| CAPÍTULO 4 – Da internalização da assimetria informacional pelo direito contratual<br>brasileiro ..... | 84 |
| 4.1 Da interpretação dos contratos no contexto atual .....   | 84 |
| 4.1.1 Premissas a serem observadas na interpretação e integração dos contratos<br>paritários .....     | 86 |

|   |     |
|---|-----|
| 4.1.2 As balizas da interpretação de contratos interempresariais .....  | 88  |
| 4.1.3 Contribuições da doutrina norte-americana à interpretação contratual .....  | 90  |
| 4.1.4 Técnica para integração de contratos paritários .....   | 93  |
| 4.1.5 O papel das cláusulas de interpretação e integração contratuais na equalização da assimetria informativa .....                                    | 94  |
| 4.1.6 Síntese.....  | 97  |
| 4.2 Da cláusula aberta da boa-fé objetiva .....   | 98  |
| 4.2.1 Da origem dos deveres informacionais decorrentes do § 242 do BGB.....   | 99  |
| 4.2.2 Da fundamentação na <i>culpa in contrahendo</i> .....   | 104 |
| 4.2.3 Distinção entre deveres acessórios relacionados à prestação ( <i>Nebenleistungspflichten</i> ) e deveres laterais ( <i>Nebenpflichten</i> ) ..... | 109 |
| 4.3 Dever de informar derivado da boa-fé objetiva no direito contratual brasileiro.....   | 111 |
| 4.3.1 Padrões gerais de conduta .....   | 112 |
| 4.3.2 Comportamento pretérito das partes.....   | 114 |
| 4.3.3 Do ônus de falar claro.....   | 116 |
| 4.3.4 Da omissão informativa: uma análise objetiva.....   | 118 |
| CAPÍTULO 5 – Da obrigação de informar na prática contratual.....  | 120 |
| 5.1 Análise conforme a fase da relação obrigacional.....  | 120 |
| 5.1.1 Das tratativas preliminares .....   | 121 |
| 5.1.1.1 Considerações gerais sobre o fundamento dos deveres acessórios nesta fase contratual.....   | 121 |
| 5.1.1.2 Da responsabilidade pré-contratual e do dever de informar no direito brasileiro .....   | 125 |
| 5.2 Estudo de caso: dos contratos de franquia e do dever de informar.....   | 133 |
| 5.2.1 Da natureza jurídica do contrato de franquia e seu impacto na aplicação da boa-fé objetiva .....  | 133 |
| 5.2.2 Da assimetria de posições contratuais e de sua repercussão no dever de informar na franquia .....   | 136 |
| PARTE III – DO DEVER DE SE INFORMAR.....  | 140 |
| CAPÍTULO 6 – Origens e fundamentos do dever de se informar.....   | 140 |
| 6.1 Considerações iniciais .....  | 140 |
| 6.2 Fundamentos do <i>duty to mitigate the loss</i> .....   | 141 |
| 6.2.1 Das categorias de responsabilidade civil.....   | 141 |
| 6.2.2 Da tutela da confiança e de seus vários significados.....   | 146 |

|   |     |
|---|-----|
| 6.2.2.1 Interseção com a <i>culpa in contrahendo</i> .....  | 146 |
| 6.2.2.2 Da responsabilidade pela confiança como figura autônoma .....                               | 148 |
| 6.2.2.3 Críticas à utilidade e adequação do instituto no direito brasileiro.....                    | 152 |
| 6.2.3 Da responsabilidade derivada da autonomia privada .....                                       | 157 |
| 6.2.4 Fundamento remoto: a autorresponsabilidade.....   | 159 |
| 6.3 Da influência da <i>Common Law</i> .....  | 162 |
| 6.4 Direito alemão: previsão específica no tratamento da culpa concorrente –<br>o § 254 do BGB..... | 165 |
| CAPÍTULO 7 – Do dever de se informar no sistema jurídico brasileiro .....                           | 169 |
| 7.1 Fundamento próximo: derivado da boa-fé objetiva .....   | 169 |
| 7.1.1 Rejeição de outros fundamentos: causalidade direta e imediata e experiência<br>francesa.....  | 169 |
| 7.1.2 Dever de mitigar danos decorrente da boa-fé objetiva.....                                     | 173 |
| 7.2 Do dever de se informar no Direito brasileiro .....   | 178 |
| CONCLUSÃO .....   | 184 |
| REFERÊNCIAS.....  | 191 |

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico, de forma vertiginosa nos últimos trinta anos, e o progresso que isso representou nas comunicações e, portanto, na circulação de informações, acarretaram uma transformação social significativa, que, por seu turno, demanda uma evolução do Direito para dar conta de cumprir seu papel de regular as condutas sociais, promovendo os valores que norteiam a sociedade. Nesse sentido, a disponibilização de mais elementos para a tomada de decisão consciente concretiza o princípio da autonomia privada, que pressupõe a compreensão dos termos nos quais está sendo exercida a liberdade de contratar. Não se pode descurar, porém, de que a disponibilidade facilitada de uma gama de informações veio acompanhada de maior complexidade do mundo, o que, por seu turno, torna as decisões mais difíceis.

Essa mesma revolução tecnológica, com resultados em proporção geométrica, conduziu a significativas mudanças sociais, como à globalização, e ao lançamento de vacinas menos de um ano após o início da pandemia do Coronavírus, além de ter contribuído, decisivamente, para a mudança de um paradigma de valorização do material para o imaterial – o maior ativo atual são as informações coletadas e processadas, sobretudo dos usuários da internet. Sem dúvida, a eclosão de uma crise de saúde mundial apresentou novos desafios para a humanidade, a partir da constatação da inexistência de fronteiras que barrem o vírus e das vicissitudes do modelo de divisão internacional do trabalho, no qual a produção de insumos médicos essenciais está concentrada em alguns países asiáticos. Essa premência de itens concretos para o tratamento de saúde pode ser tida como um retorno do material, que conduz a uma mudança do formato da integração econômica promovida pela globalização.

Por outro lado, a pandemia acelerou a digitalização das empresas, que, rapidamente, tiveram que se adaptar a um modelo organizativo não presencial, acentuando a importância da coleta, armazenamento e processamento de dados, considerados a matéria-prima para a inovação. Observou-se, ainda, com fundamento inicial na proteção à saúde, a proposta de coleta e tratamento de dados sensíveis – localização e contatos sociais, além de batimentos cardíacos e temperatura corporal –, sob o fundamento da proteção da saúde pública coletiva, o que ameaça as garantias de liberdade e de privacidade de maneira irrazoável. Sem minimizar o valor da vida, cuja inexistência impede o exercício de qualquer outro direito, não se pode perder de vista que, na ponderação de direitos fundamentais, que ostentam a

qualidade de princípios, o intérprete deve buscar, ao máximo, preservar os interesses em conflito, e apenas excepcionalmente escolher entre um deles.

Outro desafio atual, diante da proliferação de ideias, especialmente no ambiente virtual, é a desinformação, consistente em divulgar fatos que contradizem as evidências, objetivando mudar a percepção e/ou opinião de alguém e fazê-lo difundir essa concepção, de maneira a promover a adesão a certos projetos. Deve-se ter em mente que a desinformação não se identifica com *fake news*, sobretudo em face do uso desse termo para danificar a credibilidade da imprensa séria, questionando informações verificáveis de interesse público e promovendo a desconfiança. O tema está em voga diante dos prejuízos à sociedade e à democracia que tais práticas vêm causando, como se observa do inquérito que tramita no Supremo Tribunal Federal (Inq 4.781/DF – Relator Ministro Alexandre de Moraes).

Traçadas essas premissas na parte I, especialmente conceituais, pretende-se delimitar os deveres de informar, bem como perquirir sobre a existência e os contornos de um dever de se informar. Um primeiro aspecto essencial, e pouco estudado, é a definição do objeto da prestação: a informação, diferenciando-a de dados e do conhecimento. Ao serem conferidos contexto e significado para dados, por meio de sua interpretação, chega-se à informação, do que se extrai que diferentes indivíduos irão captar a mensagem de maneira diferente, conforme suas percepções individuais. A mineração de dados, de forma semelhante, enquanto etapa do KDD (*knowledge discovery in databases*), representa a aplicação de algoritmos para extrair conhecimento a partir de dados pré-processados.

No âmbito do processo de comunicação, subjazem incertezas e riscos derivados das ambiguidades e outros ruídos que podem prejudicar os negócios encetados. Desse modo, impõe-se analisar uma série de figuras correlatas, nos ordenamentos jurídicos português (responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações), francês (*l'obligation d'information, de renseignement e de mise en garde*) e alemão (*Aufklärungspflichten, Beratungspflichten, Hinweispflichten, Anzeigepflichten, Offenbarungspflichten, Warnpflichten e Mitteilungspflichten*), a fim de melhor delimitar os deveres informacionais.

O contrato, por seu turno, enquanto instrumento principal de segurança jurídica para promover a fluidez do tráfego negocial, especialmente quanto à sua interpretação e a seus efeitos, veio sendo transformado, com a evolução tecnológica e a transformação social ocorridas nas últimas décadas, que deram azo à denominada “sociedade informacional”. De um enfoque voluntarista, em consonância com a ascensão da burguesia após a Revolução Francesa, segundo o qual incumbia às partes, dentro de sua liberdade de contratar, definir o conteúdo do contrato, culminando com a presunção de seu caráter exaustivo, de molde a

evitar ingerências externas, sobretudo judiciais, observou-se um abalo no paradigma da completude, premissa necessária a uma visão rígida do *pacta sunt servanda*. Isso se revelou não apenas pela superveniência de fatos imprevisíveis, nos negócios de execução continuada, como também pela assimetria e incompletude da informação, tudo a gerar custos de transação indesejáveis.

Embora o tema da boa-fé objetiva venha sendo amplamente pesquisado pelos juristas brasileiros, há um número bastante reduzido de obras sobre o dever de informar, normalmente dirigidas a determinado setor – por exemplo, o direito do consumidor –, e reconhecendo amplamente sua exigibilidade. O enfoque que se pretende dar na parte II deste estudo é, partindo da sistematização da assimetria da informação no Direito Contratual, inclusive em aspectos econômicos, propor, ao final, os limites do dever de informar, isto é, da exigibilidade do compartilhamento da informação, considerando o princípio da livre-iniciativa e a competitividade imanentes ao nosso modelo de mercado, sem descuidar do princípio da boa-fé objetiva.

Tem-se, assim, a quebra de certos paradigmas que sustentavam a perspectiva até então existente no direito contratual: a premissa de que as pessoas teriam informações sobre todos os efeitos produzidos pelos contratos e a de que a presunção de igualdade entre as partes contratantes não gerava custos de transação. No entanto, percebeu-se que a obtenção de informações, que facilitam o tráfego negocial, demanda certo dispêndio, ainda que aferível pelo tempo necessário para tanto, que nem sempre os agentes econômicos têm interesse em realizar. Por outro lado, até por sua posição, uma parte pode ter acesso a informação desconhecida pela outra, caracterizando assimetria da informação, da qual derivam problemas de cunho econômico: a seleção adversa e *moral hazard*.

Ressalte-se que, se, de um lado, a compreensão do contrato sofreu grandes interferências pela Escola *Law and Economics*, de outro, a teoria contratual clássica, assentada nos princípios da autonomia da vontade, da obrigatoriedade e da relatividade dos contratos, foi revisitada a partir do reconhecimento de valores, que ingressam no Direito enquanto princípios racionais permanentes, independentemente da vontade das partes ou da previsão em lei. A superação da compreensão fechada do sistema jurídico, desmistificando o raciocínio subsuntivo, tornou possível a aplicação de conceitos indeterminados ou vagos como a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a onerosidade excessiva.

Reconheceu-se que, ao lado das obrigações assumidas pela vontade das partes, decorrem da função integrativa da boa-fé objetiva deveres de conduta, ditos anexos ou laterais, relacionados à exigência de cooperação entre as partes e de proteção recíproca dos

interesses, por exemplo, o dever de cuidado, o dever de colaboração e o dever de informação. Essas obrigações, justamente porquanto não decorrem de expressa previsão pelas partes ou pela lei, mas da perspectiva da obrigação como processo, ao mesmo tempo que seu inadimplemento reclama reparação, em face da violação positiva do contrato, merecem ser melhor caracterizadas, em prol do tráfego jurídico – a partir da redução dos custos de transação.

Para a exata compreensão dos deveres acessórios relacionados à prestação e deveres laterais, recorre-se ao Direito Civil alemão, e seu desenvolvimento a partir do § 242 do BGB, bem como da importância da teoria da *culpa in contrahendo* para a extensão de tais deveres à fase pré-contratual. Com essa exposição da origem, extraem-se da boa-fé objetiva, no Direito brasileiro, deveres informacionais derivados de padrões gerais de conduta (*standards* comportamentais que permitem o reenvio extrassistemático), comportamentos pretéritos das partes contratuais (consoante a proibição de *venire contra factum proprium*), e quais seriam as omissões informativas relevantes. Não se descure de que as cláusulas gerais são a ponte entre o sistema moral e o sistema jurídico.

A sociedade depara-se, outrossim, com um fenômeno contraditório. Se, de um lado, há uma crescente complexificação social, busca-se, por outro, uma aplicação do Direito com pouca carga de incerteza (insegurança jurídica na linguagem técnica), o que importa movimentos para furtar-se ao uso de conceitos indeterminados e abertos, como cláusulas gerais e princípios, como se fosse possível normatizar a vida social atual em formatos legalistas e formalistas como outrora. Parte da doutrina defende, contudo, que as cláusulas gerais são ferramentas capazes de equalizar a necessidade de previsões legislativas sobre situações variadas do tecido social complexo, mas pouco tem sido desenvolvido, no Brasil, sobre a metodologia de sua aplicação, retroalimentando a percepção de alto grau de incerteza na aplicação do Direito.

Não se pode perder de vista que o contrato é um instrumento (meio) para a formalização de uma operação econômica, sendo esse o aspecto não jurídico o mais importante para as partes contratantes. Enquanto dever lateral, não definido expressamente como objeto principal da prestação estabelecida no contrato, a intensidade do dever de informar é relacionada à concreta situação, o que envolve o tipo da relação estabelecida – e, a esse propósito, apresenta-se um estudo de caso do contrato de franquia; o que legitimamente se espera do sujeito contratante (sua *expertise*); qual resultado esse dever visa atingir (instrumentalidade). Tais elementos, com as devidas adaptações, definem o silêncio

relevante, que redundaria no descumprimento da obrigação de informar, fora das hipóteses de vício de consentimento.

Assim, seja pela perspectiva da importância de sua reafirmação, seja para a definição de suas balizas, em face do destaque da “informação” no contexto da sociedade atual, cujo acesso tão amplo e irrestrito vem representando a impossibilidade humana de sua apreensão, o dever de informar deve ser mais aprofundado no Direito Civil brasileiro. Nessa senda, deve-se engendrar uma análise do impacto da assimetria da informação no direito contratual, hipótese em que apenas uma das partes detém seu conhecimento, culminando por estabelecer os limites da imperatividade de seu compartilhamento, o que promove a segurança jurídica e reduz os custos de transação, concretizando a cláusula geral da boa-fé objetiva.

Aspectos relevantes a serem sopesados na análise do dever de informar não se atêm à fase negocial, pois a natureza de contratos de lucro ou existenciais também se afigura definidora da extensão de tal dever, podendo culminar com o dever de aconselhar ou mesmo de advertir. Outros pontos importantes são: a espécie contratual – contrato de cooperação, contrato de salvaguarda de interesses ou contrato de troca –, bem como a essencialidade e o tipo da informação, e aspectos relativos à pessoa obrigada a informar e àquela que tem direito à informação. Não se pode descurar dos custos envolvidos com a obtenção da informação e de que o *quantum* dela devido pela parte contratual norteará a análise sobre os riscos do negócio. Por fim, pelo viés da “ignorância racional”, apresenta-se a categoria dos contratos incompletos, que pretende adequar-se à incerteza inerente ao novo modelo social.

Nessa toada, é inevitável se deparar com o dever de se informar, figura que ainda não foi, propriamente, estudada no Direito brasileiro, e que serve de baliza na definição dos elementos que influenciam os contornos do dever de informar. Para tanto, na terceira parte deste estudo, analisam-se a origem e os fundamentos do *duty to mitigate the loss*, partindo da distinção entre as várias modalidades de responsabilidade, e da impropriedade da transposição da responsabilidade pela confiança para nosso ordenamento jurídico, considerando suas peculiaridades. Ressalta-se a responsabilidade derivada da autonomia privada, vale dizer, que acompanha a liberdade de se autodeterminar, bem como a autorresponsabilidade, para investigar se dali deriva um dever do lesado de mitigar os danos.

Relata-se a experiência da *Common Law*, de onde surgiu a figura, e sua influência sobre os demais ordenamentos jurídicos, por exemplo, o art. 1.227 do Código italiano, além de descrever-se a experiência alemã particular com o § 254 do BGB (culpa concorrente) para, ao final, cotejar com o Direito Civil brasileiro. Afasta-se o argumento da causalidade indireta, como fundamento para seu reconhecimento em nosso sistema jurídico, valendo-se

da experiência francesa, que rejeita o dever de mitigar danos, bem como a culpa concorrente ou exclusiva da vítima.

De forma distinta da simples vedação do comportamento contraditório, extrai-se o dever de se informar da boa-fé objetiva, enquanto dever de colaboração entre as partes contratuais, diante da presença de alguns requisitos. Trata-se de uma medida de esforço ou diligência exigíveis segundo um critério de razoabilidade, já tendo sido reconhecido, com alguma frequência, pelos Tribunais brasileiros. Esse critério permite um juízo de ponderação, de modo que não se ingresse indevidamente na esfera de liberdade do lesado/credor.

Com esse aprofundamento sobre o *duty to mitigate the loss*, enquanto figura derivada da boa-fé objetiva, investiga-se se um dever de se informar, a partir dos mesmos fundamentos, pode ser deduzido. Destaca-se que o dever de se informar surgiria, predominantemente, na fase pré-contratual, como se observa no art. 1112-1, al. 4, do Código Civil francês, inserido com a *Ordonnance* n. 2016-131, de modo diverso da figura do dever de mitigar danos. Contudo, isso seria mero reflexo dos cuidados necessários para a importação de uma figura de sistema diverso, a *Common Law*, e, ressaltando-se, serem autônomos entre si.

O dever de mitigar danos e o dever de se informar assemelham-se na medida em que apresentam consequências jurídicas semelhantes, não redundando em pretensão em face daquele que ostenta o dever, mas permitindo a redução ou exclusão de indenização que seria devida àquele que permaneceu inerte. Fundamental, em ambos os casos, a análise do caso concreto, tendo em conta o conhecimento e a experiência específica das partes, aproximando-se, do mesmo modo, de um dever de diligência. Assim, mesmo o consumidor tem o dever de se informar em certos casos, como de fatos notórios ou de fácil apreensão, seguindo as balizas da razoabilidade.

O presente estudo busca, dessa maneira, propor uma sistematização de aspectos econômicos que impactam no direito contratual, com destaque para a assimetria informacional, buscando-se cotejá-los com as normas que regulamentam o tema. Impõe-se, nesse contexto, investigar quais instrumentos o ordenamento jurídico prevê, ou pode admitir, para que seja promovido o compartilhamento das informações, de modo eficiente, mas, ao mesmo tempo, que não seja abalada a liberdade negocial.

Ademais, apresentam-se os limites do dever de informar, propondo critérios e situações concretas para sua distinção e excluindo tentativas de ampliar em demasia tal dever anexo ou lateral, a partir de uma premissa generalista de boa-fé objetiva, que impõe ao

contratante, por exemplo, o dever de informar a oportunidade ou vantagem do contrato, em desatenção ao princípio da autonomia contratual. Por fim, define-se a existência e o que se entende por dever de se informar, bem como de que modo se correlaciona com o dever de informar, ambos extraídos da boa-fé objetiva.

Essa breve síntese do tema revela que a sistematização da assimetria informacional no campo do direito contratual, bem como a análise dos instrumentos que lhe pretendem mitigar os efeitos indesejados, como o dever de informar, demandam um estudo aprofundado que conduza à maior segurança jurídica e reduza, conseqüentemente, os custos de transação.

## PARTE I – CONSIDERAÇÕES PROPEDEÚTICAS

### CAPÍTULO 1 – Da Era da Informação

#### 1.1 Da evolução para a sociedade da informação

A humanidade, a partir dos ideais da corrente filosófica iluminista – de racionalização, secularização, liberdade e progresso –, vem, desde a Revolução Industrial, apresentando avanços técnicos e científicos vertiginosos e, progressivamente, em prazos mais curtos. No tocante à comunicação, por exemplo, a primeira mensagem por telégrafo eletrônico foi transmitida em meados do século XIX, por meio do Código Morse, permitindo, de modo inédito, que houvesse transmissão de informação sem que fosse necessário alguém para levá-la, o que marcou uma nova fase da história mundial, coincidente com a Segunda Revolução Industrial. Conquanto ainda tenha havido a invenção do telefone, cerca de 30 anos depois, seu alcance para ligações de longa distância era bastante limitado pelo menos até o final da década de 1950, quando foram instalados cabos telefônicos submarinos, que possibilitavam, inicialmente, apenas 100 ligações simultâneas<sup>1</sup>.

Outro grande impulso à comunicação é marcado pelo lançamento do primeiro satélite comercial em 1969, seguido de diversos outros, que permitiram, pela primeira vez na história da humanidade, a comunicação instantânea entre um lado do mundo e outro. Esse sistema de satélites, que viabiliza a localização de qualquer navio em perigo imediatamente, culminou com a descontinuidade do Código Morse como meio de comunicação nos mares. Ao mesmo tempo que surgiram novos tipos de comunicação eletrônica, integrados com os satélites, impulsionando esse fluxo instantâneo, o homem passou por grandes mudanças no sentido de uma vivência globalizada. A produção de computadores pessoais e a instalação de uma rede de troca de dados e mensagens através de um protocolo comum (a internet) foram acompanhadas de uma rápida disseminação de seu uso, culminando com uma revolução global na vida cotidiana<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre a globalização e a história das comunicações no mundo, cite-se GIDDENS, Anthony. *Runaway world: how globalisation is reshaping our lives*. New York: Routledge, 2000. p. 28-30.

<sup>2</sup> GIDDENS, Anthony. *Runaway world*, p. 28-30. Observe-se que o autor não faz referência ao primeiro satélite artificial, lançado pela antiga União Soviética, em 4 de outubro de 1957, o Sputnik-1. Confira-se: DO SPUTNIK À APOLO: a corrida espacial. *BBC Brasil*. [s. d.]. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/luu01.htm>. Acesso em: 16 ago. 2021.

Nesse contexto, ganhou proeminência o termo “sociedade da informação”, com a obra *The coming of post-industrial society: a venture in social forecasting*, de 1973, do sociólogo norte-americano DANIEL BELL. Ainda que tivesse definido o que ele entendia ser uma nova fase da sociedade assentada economicamente no setor terciário, à qual conferiu o adjetivo pós-industrial, pois superava a sociedade manufatureira, que se apoiava no setor secundário, o autor defendeu a entrada na Era da Informação, na medida em que essa sociedade teria, como seu princípio axial, a centralidade do conhecimento teórico para promover a inovação, visando ao controle sobre a tecnologia<sup>3</sup>. É curioso que não tenha prevalecido outra terminologia, mais associada ao impulso conferido às comunicações, como “sociedade de comunicação integral”, o que sinaliza a maior importância conferida à informação em relação à comunicação, enfatizando-se o conteúdo em relação ao continente, talvez diante da possibilidade de uma compreensão comumente restrita de comunicação – relacionada a uma mensagem específica entre interlocutores determinados, ou, com maior probabilidade, por razões de cunho econômico, uma vez que a acessibilidade à informação torna-se mais valiosa do que os meios de produção tradicionais.

Posteriormente, MANUEL CASTELLS publicou sua trilogia sobre a Era da Informação, a partir de 1996, optando, deliberadamente, pela denominação “sociedade em rede”, por reputar não ser a informação, enquanto aspecto central, um diferencial da organização social então profetizada, já que sempre de grande relevância nas sociedades humanas. O que se alterou sobretudo, com as novas possibilidades trazidas pela tecnologia, segundo o sociólogo espanhol, foi a estrutura social, antes pautada em grandes organizações verticais, porém agora definida por redes de componentes autônomos, que funcionam de forma coordenada e partilham a tomada de decisões com distribuição global, pois não encontra limites nas fronteiras dos Estados. Trata-se de diferentes redes (política, financeira, da grande mídia etc.), compostas de nós interconectados, que são pontos onde uma curva se cruza consigo mesma, sendo a distância entre eles menor se pertencem à mesma rede, o que se traduz em maior intensidade ou frequência de interação entre as respectivas posições sociais<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Conforme BELL, Daniel. *O advento da sociedade pós-industrial: uma tentativa de previsão social*. Tradução Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, 1977. p. 27-28, segundo quem a denominada Era da Informação, que desponta no final do século XX, não é algo radicalmente novo. Algumas importantes inovações dos meios de comunicação já existiam há cerca de cem anos, ligando pessoas e nações de forma cooperativa ou menos conflituosa. A diferença é que agora ela é fundamentada em tecnologia intelectual e não mais apenas em tecnologia mecânica e que as novas concepções de tempo e espaço ultrapassaram as fronteiras geográficas, tendo lugar em tempo real.

<sup>4</sup> Nesse sentido, CASTELLS, Manuel. *Der Aufstieg der Netzwerk-Gesellschaft. Die Informationszeitalter. Wirtschaft. Gesellschaft. Kultur. Band 1. 2. Auflage*. Wiesbaden: Springer, 2017. p. 567-568, que enfatiza

Ainda que, a princípio, MANUEL CASTELLS tenha refutado a denominação “sociedade da informação”, conferindo maior peso à estrutura organizacional, por outro lado, conferiu às três obras o título comum *Era da Informação*, desenvolvendo a ideia de que a comunicação com base na microeletrônica, a partir de infraestruturas controladas por computador, altera, por exemplo, a noção espacial de nossa sociedade, que permite o fluxo de informações independentemente da localização das pessoas envolvidas<sup>5</sup>. A mudança para o paradigma informacional transpõe a informação a elemento-chave da organização social, na medida em que os fluxos de dados no âmbito das redes (mensagens, documentos, imagens) configura o fio condutor da estrutura social.

A era digital, caracterizada por um sempre crescente fluxo de comunicações e de dados por meio da rede mundial de computadores, culminou com uma massa de informações inexploradas. Os indivíduos conectados alimentam a internet desde sua implantação, porém apenas com a expansão de sua capacidade de armazenamento e tratamento de dados foi que se atingiu o fenômeno *Big Data*. O então presidente executivo do Google, Eric Schmidt, afirmou, nesse sentido, que, todos os dias, criam-se tantos dados quanto entre o início da humanidade e o ano de 2003, ao passo que o volume de dados dobra a cada dois anos. Por outro lado, os processos de miniaturização e os progressos no âmbito digital ampliam os limites da conectividade, abarcando objetos diversos do cotidiano que passam também a recolher informações, o que se denomina Internet das Coisas, paulatinamente substituída pela Internet de Tudo. Essa tecnologia, associada ao *Big Data*, serve então para analisar esse conjunto de dados estruturados e não estruturados para fins normalmente de previsão, tarefa inalcançável para a capacidade humana individual<sup>6</sup>.

Atualmente, preconiza-se, de um lado, a utilização dessa “governabilidade algorítmica” para uma mídia dirigida, que responda às necessidades de cada um. Ao mesmo tempo, é inegável que despontam poderosas multinacionais da *web*, que concentram todas essas informações pessoais, o que ameaça a liberdade e a privacidade dos usuários com

---

que essa lógica de rede, somente possível pelo desenvolvimento tecnológico, espraia-se, alterando significativamente o modo como funciona e resultados dos processos de produção, experiência, poder e cultura. Em suma: “[...] die Macht der Ströme gewinnt Vorrang gegenüber den Strömen der Macht”. Em tradução livre: [...] o poder do fluxo tem precedência sobre as correntes de poder.

<sup>5</sup> CASTELLS, Manuel. *Der Aufstieg der Netzwerk-Gesellschaft*, cit., p. 23-24. O autor ressalta que é mais apropriado falar em sociedade informacional (e não em sociedade da informação), bem como que a utilização da “Era da Informação” é uma ferramenta para facilitar a compreensão do leitor sobre os tópicos tratados nos livros: tecnologias da informação, sociedade da informação, informatização, estradas da informação, entre outros temas correlatos.

<sup>6</sup> A respeito, e referindo-se a uma era da “infobesidade”, LIPOVETSKY, Gilles. *Da leveza: rumo a uma civilização sem peso*. Tradução Idalina Lopes. Barueri: Manole, 2016. p. 118-121 e 131-132.

medidas de dominação e vigilância<sup>7</sup>. Ainda que haja uma política de proteção de dados, como aquela de *cookies* na União Europeia<sup>8</sup>, o controle sobre a extensão do tratamento de seus dados pelos indivíduos singularmente considerados não parece viável, e, ainda menos, o poder sobre sua decisão de compra diante de ferramentas que, combinando uma infinidade de dados, atingem aspectos de seu subconsciente ou mesmo inconsciente.

Nem se cogite, ainda, da iminência de uma sistemática coleta de dados sensíveis como batimentos cardíacos e temperatura corporal, como se pretendia implantar em alguns países sob a justificativa de superar a pandemia do Coronavírus<sup>9</sup>. Embora se anuncie a anonimização de tais dados, como determinado na legislação de regência, inaugura-se uma nova etapa no grau de abdicação social da privacidade em prol da coleta de informações, com repercussões a longo prazo imponderáveis, especialmente no mercado de consumo e no âmbito das liberdades políticas.

As novas tecnologias da informação e da comunicação (TICs)<sup>10</sup> contribuem ainda para a desmaterialização das atividades físicas ou com suporte material, o que caracteriza a “substituição informacional”: o *e-commerce* substitui as lojas físicas; o ensino a distância, por computador, suplanta a sala de aula; o *home working* substitui o escritório, sendo maciço o uso da teleconferência; o *e-book* substitui o livro e o *streaming*, os CDs. Esse movimento, inegavelmente acentuado durante a pandemia de Coronavírus, em virtude de medidas de isolamento social, o que quase levou a um colapso da internet diante do excessivo volume

<sup>7</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *Da leveza*, cit., p. 132-133.

<sup>8</sup> O Regulamento (EU) 2016/679 (General Data Protection Regulation – GDPR), que entrou em vigor em 25.05.2018 em todos os Estados membros da União Europeia, normatizou a necessidade de consentimento prévio e informado sobre a coleta de dados do usuário de internet, especialmente em seus arts. 6º e 7º, e na esteira da decisão do Tribunal de Justiça Europeu (processo C-673/17 – caso Planet49). Especificamente sobre *cookies*, o sítio da União Europeia esclarece: “Qualquer sítio *Web* que utilize ‘cookies’ tem de obter o seu consentimento antes de instalar um ‘cookie’ no seu computador ou dispositivo móvel. Um sítio *Web* não pode limitar-se a informá-lo de que utiliza ‘cookies’ ou a explicar-lhe o que deve fazer para os desativar. Os sítios *Web* devem ainda explicar-lhe como serão usadas as informações recolhidas graças aos ‘cookies’ e dar-lhe a possibilidade de retirar o seu consentimento. Se decidir fazê-lo, o sítio *Web* é obrigado, mesmo assim, a fornecer-lhe um serviço mínimo, por exemplo, dar-lhe acesso a uma parte do sítio *Web*”. PROTEÇÃO DE DADOS E PRIVACIDADE EM LINHA. *Your Europe*. [s. d.]. Disponível em: [https://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/internet-telecoms/data-protection-online-privacy/index\\_pt.htm](https://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/internet-telecoms/data-protection-online-privacy/index_pt.htm). Acesso em: 20 ago. 2021.

<sup>9</sup> Conforme BUSVINE, Douglas. Germany launches smartwatch app to monitor coronavirus spread. *Reuters*. 7 abr. 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-germany-tech/germany-launches-smartwatch-app-to-monitor-coronavirus-spread-idUSKBN21P1SS>. Acesso em: 13 abr. 2020.

<sup>10</sup> Segundo HALÉVY, Marc. *A era do conhecimento: princípios e reflexões sobre a revolução noética no século XXI*. Tradução Roberto Leal. São Paulo: Editora Unesp, 2010. p. 241, essas tecnologias “reúnem todas as ciências e técnicas ligadas à informática (*hardware* e *software*) e às telecomunicações, as teorias da informação (Shannon e outros), as nanotecnologias e a microeletrônica, as tecnologias do *laser* e das fibras ópticas etc.”.

de dados<sup>11</sup>, designa uma economia do imaterial, na qual, ainda que de forma incipiente, o fluxo de informação substitui o fluxo físico das mercadorias, com a consequente redução dos efeitos deletérios sobre os ecossistemas<sup>12</sup>.

Observa-se, nesse sentido, ter se desenvolvido, de fato, uma sociedade da informação<sup>13</sup>, visto que sua estrutura está umbilicalmente vinculada ao acesso e à transmissão de dados que foram disponibilizados a seus integrantes pelos meios desenvolvidos pela tecnologia da informática, que perturbam a noção tradicional de tempo e espaço. Ainda que o papel da informação tenha sempre sido relevante ao longo da humanidade, o desafio, na sociedade contemporânea, não é mais alcançá-la, mas sim filtrá-la, diante de uma vastidão de dados nem sempre exatos, úteis ou relevantes<sup>14</sup>.

Sob essa perspectiva, e diante do desenvolvimento tecnológico da informação e da comunicação (por meio das TICs) ao longo do final do século XX e início do século XXI, assiste razão também àqueles que preferem, mais amplamente, denominar o período “Era da Informação”, tendo em vista o contexto social e econômico no qual a informação, associada à criação de conhecimento e riquezas, desempenha um papel fundamental para o bem-estar e a qualidade de vida dos seus integrantes. O indivíduo não só tem acesso a uma infinidade de conhecimentos sem restrições de tempo e espaço, com grande flexibilidade, ao mesmo tempo em que, em um mundo globalizado, o acesso e o tratamento de dados e informações passam a ser valiosos bens imateriais e vantagens competitivas, o que inaugura um novo paradigma econômico.

À medida que a internet e as novas tecnologias desenvolvem-se rapidamente, e outros aspectos passam a ser definidores na produção de riquezas, surge nova terminologia para expressar o tempo em que vivemos, pautada no fato de que não apenas as informações

<sup>11</sup> Nesse sentido, informando que, na Europa, a Netflix reduziu em 25% seu tráfego de dados e o YouTube restringiu vídeos à qualidade SD a fim de manter o bom funcionamento da rede: CORONA-KRISE: Youtube reduziert Bildqualität. *Zdf*. 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www.zdf.de/nachrichten/digitales/coronavirus-youtube-bildqualitaet-100.html>. Acesso em: 13 abr. 2020.

<sup>12</sup> A respeito, LIPOVETSKY, Gilles. *Da leveza*, cit., p. 121-122.

<sup>13</sup> A propósito, a Organização das Nações Unidas (ONU) já reconhecia, em 2003, a construção de uma sociedade da informação, baseada na educação, conhecimento, informação, comunicação, e valendo-se das tecnologias de informação e comunicação (TICs), como um desafio do novo milênio. ITU – INTERNATIONAL COMMUNICATION UNION. Document WSIS-03/GENEVA/DOC/4-E, 12/12/2003. Disponível em: <http://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/oficial/dop.html>. Acesso em: 13 maio 2020.

<sup>14</sup> Cite-se ASCENSÃO, José de Oliveira. E agora? Pesquisa do futuro próximo. *In*: ASCENSÃO, José de Oliveira; CORDEIRO, Pedro; LEWINSKY, Silke von; LIEDES, Jukka; MOTA, José Luis Lopes da; VIDE, Carlos Rogel; VITORINO, António de Macedo. *Sociedade da informação: estudos jurídicos*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 9-30. O jurista português ressalta a característica de ser uma sociedade de comunicação integral (de todos para todos) com uma “infra-estrutura [*sic*] global da informação” (todo o tipo de obra estaria disponível em rede) (p. 11).

amplamente acessadas qualificam esse período de tempo como também seu processamento, implicando novos saberes, poderia ser melhor definido como “Era do Conhecimento”, que se passa ora a analisar.

## 1.2 Avanços para uma Era do Conhecimento

### 1.2.1 A sociedade do conhecimento

Ao passo que as pretensões (e possibilidades) sobre o processamento de informações evoluíram, no sentido de ser disponibilizado aos indivíduos, além dos dados não processados, conhecimento que lhes permitisse melhorar a condição humana, disseminou-se, paralelamente à “sociedade da informação”, a ideia de uma “sociedade do conhecimento”. Essa ênfase no conhecimento, em lugar do intenso fluxo de informação, é acompanhada de uma perspectiva de necessário compartilhamento dos saberes com pessoas excluídas do progresso e países em desenvolvimento<sup>15</sup>. Por esse ângulo, é possível estabelecer um paralelo entre a terminologia “sociedade do conhecimento” e a busca por uma igualdade material, ao passo que o termo “sociedade da informação” estaria mais relacionado à igualdade formal de acesso à informação e a uma visão tecnocêntrica.

Adotando indistintamente “sociedade da informação” e “sociedade do conhecimento”, HALÉVY reconhece que está em curso uma revolução noética (do grego *noos*: espírito, inteligência, conhecimento), na qual o evolucionismo é aplicado às ideias e aos valores e na qual ocorre a complexificação cósmica global. A partir do evolucionismo defendido por Darwin, que extrapola a evolução das espécies e conduz a uma constante complexificação (litosfera, biosfera e as sociedades humanas), estaríamos na iminência de uma nova camada no planeta, agora de caráter imaterial, formada apenas por componentes informacionais e desmaterializados, a noosfera. Há um salto de complexidade, ou seja, inter-relações novas fazem surgir novas formas de organização da energia, cada vez mais sofisticadas, cada vez mais ricas em autonomia e em informações, quando abandonamos a

---

<sup>15</sup> Nesse sentido, UNESCO; BINDÉ, Jérôme. *Vers les sociétés du savoir: rapport mondial de l’Unesco*. Paris: Éditions Unesco, 2005. p. 27-29. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000141907>. Acesso em: 21 abr. 2020. A respeito, BURCH, Sally. *Société de la information / société de la connaissance*. In: AMBROSI, Alain; PEUGEOT, Valérie; PIMIANTA, Daniel. *Enjeux de mots: regards multiculturels sur les sociétés de l’information*. Caen: C & F Éditions, 2005. p. 49-71.

sociedade industrial, materialista, racionalista e mecanicista rumo a uma sociedade da informação e do conhecimento<sup>16</sup>.

Desenvolve-se, portanto, segundo o filósofo francês, no final dos anos 1980, com a queda do Muro de Berlim e a massificação da internet, a Era Noética ou Era do Conhecimento, na medida em que a tecnologia possibilita a circulação de ideias e sua proliferação, consoante uma lógica de seleção natural. Conquanto M. HALÉVY defenda estar superado o modelo antropocentrismo moderno, ressalta que a noosfera, mesmo sendo uma camada desmaterializada, depende das contribuições dos cérebros humanos, nutrindo-se do tecido social<sup>17</sup>. Essa perspectiva, sob o prisma do conhecimento, não se baseia na crítica à terminologia “sociedade da informação” em prol de uma denominação mais adequada para o mesmo fenômeno, mas profetiza o advento de uma nova era, que rompe com a Era Moderna, e implica um modo de vida baseado em valores novos nas mais diversas esferas (política, econômica, cultural etc.).

Uma vez que a humanidade ainda não se submeteu à nova ética do dever e da realização na direção da noosfera, segundo a qual o homem é mero instrumento a serviço da natureza e do conhecimento, não se pode afirmar que foi atingida a Era do Conhecimento (Era Noética), conforme preconizado por HALÉVY. Por outro lado, ainda que sob uma perspectiva mais ampla do que é informação – não coincidente com o simples acesso a dados brutos não processados<sup>18</sup> –, adotar a denominação “Era da Informação” parece restringir o fenômeno, como se apresenta em seu estágio atual, que confere, de fato, importância econômica mais acentuada à produção e à formulação de conhecimento do que a ampla disseminação da informação.

Ao desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação (TICs), e de suas autoestradas da informação, sucedeu uma mudança no enfoque sobre o que agrega valor às empresas e aos países de forma mais acentuada: a inovação pautada na criatividade e no conhecimento, seja pelo desenvolvimento de novas tecnologias (técnicas digitais, nanotecnologia e biotecnologia), seja pelas mudanças que tornam processos mais eficientes. A informação, assim como o princípio da confiança a entabular as relações sociais, é um aspecto deveras relevante, mas não é o ativo mais cobiçado.

---

<sup>16</sup> Conforme HALÉVY, Marc. *A era do conhecimento*, cit., p. 14-15, 53, 60 e 154.

<sup>17</sup> HALÉVY, Marc. *A era do conhecimento*, cit., p. 70-76. Ainda: “Mas é enorme o salto qualitativo de complexidade entre a vida (a biosfera) e o pensamento (a noosfera). [...] Um salto que não era possível enquanto as tecnologias humanas não permitiam juntar enormes quantidades de informações a enorme velocidade e em suportes extremamente leves, quase desmaterializados” (p. 20).

<sup>18</sup> As diferenciações sobre dados, informação e conhecimento serão realizadas no Capítulo 2.

De um lado, pode-se constatar uma transformação econômica significativa, na qual o conhecimento torna-se um insumo bastante desejado, e que aumenta o patrimônio das empresas e nações, na medida em que tem um papel central na produção de riquezas de maior valor agregado. Contudo, mesmo os dados coletados por meio da internet (modalidade informacional), ainda que em seu estado bruto, são reconhecidamente bens preciosos. Curiosamente, também nossa época é marcada pelo desprestígio e recuo da importância da vida intelectual, que dá lugar ao saber rápido e sem esforço, e pouco profundo, proporcionado pelas mídias<sup>19</sup>. Destarte, e ainda que não se valha da noção apresentada por HALÉVY, parece que a terminologia “Era do Conhecimento” superestima o fenômeno, em grande medida restrito ao aspecto econômico, uma vez que não se pode falar em uma nova ordem de coisas pautada no conhecimento. Cabe, porém, investigar se é, de fato, possível afirmar que se está diante de uma nova ordem econômica centrada no conhecimento e/ou na informação.

### ***1.2.2 A economia das ideias***

Ao apresentar suas reflexões sobre a revolução noética no século XXI, HALÉVY defende a ascensão de uma economia das ideias, pautada não na noção de propriedade e escassez como a economia clássica, mas nos seguintes pressupostos: (i) o conhecimento não pertence a ninguém e não é reduzido pelo fato de ser compartilhado; (ii) a ideia ganha mais valor quanto mais é compartilhada; (iii) ao mesmo tempo, quanto mais barata, ela é mais rapidamente partilhada por proliferação. Diante de tais premissas, o dinheiro tornar-se-ia secundário em uma economia baseada no conhecimento e no talento criativo, pois as empresas precisam de pouco capital<sup>20</sup>. O fato, contudo, de as ideias assumirem um papel central na economia atual, justamente, em grande medida, pelos dividendos e pela mais-valia sobre o patrimônio que proporcionam aos agentes econômicos<sup>21</sup>, não redundam, de forma

---

<sup>19</sup> Consoante LIPOVETSKY, Gilles. *Da leveza*, cit., 285-287, que destaca: “Pela virtude da leveza digital, o processo de aceleração conquistou a relação com o conhecimento: o saber, imediatamente, quando eu quero, como um jogo e como eu quero” (p. 288).

<sup>20</sup> Conforme HALÉVY, Marc. *A era do conhecimento*, cit., p. 17 e 301. Essa proposta de economia das ideias, em termos muito semelhantes, e pautada nos valores práticos relacionamento, conveniência, interatividade, serviço e ética, foi defendida, já em 2000, por BARLOW, John Perry. *The next economy of ideas*. *Wired*. 10 jan. 2000. Disponível em: <https://www.wired.com/2000/10/download/>. Acesso em: 2 maio 2020.

<sup>21</sup> Sobre o alto valor das empresas de inovação: RIVIERA, Carolina. *Dona do Google atinge valor de US\$1 trilhão e se junta a Apple e Microsoft*. *Exame*. 16 jan. 2020. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/google-se-junta-a-apple-e-microsoft-e-atinge-valor-de-us-1-trilhao/>. Acesso em: 22 abr. 2020.

automática, em alterações nos fundamentos do modo capitalista de produção e na noção de propriedade.

Embora aquele que compartilhe seu conhecimento não sofra redução no próprio saber, é inegável que isso pode implicar desvantagens competitivas, uma vez que o monopólio da informação impede que os concorrentes dela se valham para ampliar sua fatia do mercado (em detrimento daquele que detinha o conhecimento com exclusividade). O caráter antieconômico<sup>22</sup> desse compartilhamento justifica a existência de ferramentas jurídicas, como os contratos de sigilo, que sancionam, e assim demovem de tal prática, aqueles que pretendem divulgar essa informação. No tocante à propriedade industrial, de outro norte, deve-se diferenciar o compartilhamento da informação, que é oportunizado pela própria Lei n. 9.279/96, a partir da publicidade dos registros, permitindo, desde logo, outras pesquisas para a inovação no estado da técnica, da garantia do uso exclusivo do invento por certo período de tempo, diante da necessidade de estimular o empenho criativo e os investimentos que lhe são necessários.

Por uma perspectiva desambiciosa em nome do progresso, é possível vislumbrar que a ideia ganha valor quanto mais é compartilhada, porque haveria uma predisposição à difusão do saber, sem contrapartida, gerando novos conhecimentos, uma vez que outros cérebros processando uma ideia original podem chegar a novas associações, ampliando os saberes até então existentes. Contudo, considerando que HALÉVY defende que uma ideia, para proliferar-se, basta ser fecunda, ainda que seja falsa<sup>23</sup>, e que essa propensão à proliferação é o parâmetro para medir o valor de uma ideia, tem-se um conceito de valor falacioso, que não se alinha nem à sua conotação econômica de quantidade monetária equivalente a um bem ou serviço, conforme sua capacidade de ser negociado no mercado, tampouco em outro de seus vários significados.

Isso porque à “desinformação”<sup>24</sup> resultante da propagação de ideias falsas só pode ser atribuído valor no que tange a efeitos secundários, como maior visualização de anunciantes (“cliques”), pois, em si, não representa nenhum conhecimento útil. Por outro lado, ainda que aquele que consiga proliferar suas ideias – sem utilidade prática – ganhe ao

---

<sup>22</sup> É importante fixar que estamos nos valendo dos parâmetros valorativos socialmente aceitos no mundo atual, sem prejuízo de, em outro contexto, haver predomínio de valores diversos.

<sup>23</sup> Conforme HALÉVY, Marc. *A era do conhecimento*, cit., p. 72. A conclusão – a ideia ganha mais valor quanto mais é compartilhada – revela-se, portanto, uma falácia, pois assentada em uma premissa equivocada.

<sup>24</sup> Conceito que abordaremos no item 2.2.

menos fama<sup>25</sup>, salvo alguns transtornos de personalidade, não é a celebridade em si que os indivíduos buscam, mas os resultados de aumento de bem-estar que a acompanham, especialmente ganhos financeiros. Exemplificativamente, ainda que um artista musical agregue mais valor à sua produção à medida que se torna mais famoso, é inegável que a inobservância de seus direitos autorais, geralmente pela pirataria, acaba por tolher-lhe uma fonte de receitas (embora, em grande parte, compartilhada com as gravadoras). Mesmo que seus *shows*, por outro lado, redundem em maior remuneração, o que se tem é um efeito secundário da propagação da ideia (músicas), já que os agentes econômicos não estão dispostos a pagar por esse bem imaterial, supondo estar disponível gratuitamente, e sim por outros serviços agregados, que exigem custos adicionais ao artista (tempo e esforço).

Essa compreensão, que prima pela divulgação graciosa (ou de baixo custo) das ideias, proposta por HALÉVY, coaduna-se, de fato, com o modelo de sociedade noética por ele apresentado, inclusive por seu viés econômico, pela proposta de minimização do dogma da concorrência e de redefinição das noções de lucro e de patrimônio. Todavia, essa projeção, além de não espelhar a realidade atual, apresenta certas incongruências, diante da incompatibilidade com o modelo vigente de economia de mercado, que o filósofo francês sequer defende seja eliminado, tampouco apresenta sistema econômico alternativo, reputando tão somente estar a economia em posição marginal na era noética. Sua proposta de uma renda mensal vitalícia para todos, independentemente do que se produz, com recompensas àqueles que se dedicam às atividades criativas, por estímulos públicos ou privados, conforme o resultado atingido ou a comercialização das criações, não difere significativamente do modelo adotado atualmente pelos Estados de Bem-estar Social, ainda despontando como relevante o papel do dinheiro<sup>26</sup>.

A tendência humana que ainda hoje se observa é individualista<sup>27</sup>, de modo que predomina o interesse de impedir o concorrente de ter acesso à informação (relevante). Exerce o Direito de Propriedade Industrial exatamente o papel, na contracorrente, de promover a disseminação do conhecimento, estimulando novas invenções a partir dos dados contidos no registro publicizado, vedado apenas o uso específico do produto ou do

<sup>25</sup> Essa perspectiva é defendida por BARLOW, John Perry. *The next economy of ideas*, cit., não paginado, que também compunha uma banda.

<sup>26</sup> A respeito, HALÉVY, Marc. *A era do conhecimento*, cit., p. 237-238 e 301-307. Sob nossa perspectiva, não é que a remuneração financeira perca, de algum modo, sua importância, mas não se revela satisfatória se não estiver em conjunto com o prazer na execução da atividade, na esteira da atual sociedade hedonista-consumista.

<sup>27</sup> Conforme LIPOVETSKY, Gilles. *Da leveza*, cit., p. 97: “O que se constrói é uma civilização da leveza ao mesmo tempo *hiperindividualista*, *hipernormativa* e *hiperconsumista*” (grifo nosso).

processo<sup>28</sup>. A exclusividade no uso é, na verdade, a contrapartida oferecida pelo ordenamento jurídico para a divulgação da informação. Descabem, portanto, enquanto adotado o sistema capitalista, as críticas que lhe são desferidas<sup>29</sup>, visto que, até o presente momento, não há instrumento alternativo que seja mais eficiente para fomentar tais iniciativas. Ressalte-se, ademais, que a exclusividade de uso, por certo período de tempo, não caracteriza um monopólio concedido pelo Estado, tendo em vista que o mercado pode suplantar o produto ou processo protegido por outro melhor.

Não se pode perder de vista, porém, que a propriedade intelectual abrange não apenas os direitos de propriedade industrial como também os direitos de autor, estando por este protegidas as obras de cunho literário, artístico ou científico, com certa originalidade, independentemente de qualquer ato de seu titular<sup>30</sup>. Tendo em vista que qualquer obra contém ideias do seu autor, poder-se-ia cogitar que o impedimento à sua divulgação sem a devida autorização restringiria a profusão de novos conhecimentos. Em uma perspectiva coletiva, pode-se assim defender a inexistência de restrições ao seu acesso e compartilhamento. A dificuldade reside em como conceder estímulos para que a produção continue<sup>31</sup> – sem dúvida, há quem realize obras pelo mero deleite em escrever música ou

---

<sup>28</sup> É o que dispõem os arts. 42 e 43 da Lei n. 9.279/96, na esteira do art. 28, 1, do Acordo sobre Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS), do qual o Brasil é signatário. A propósito, cite-se Roger B. Andewelt, *apud* SHERWOOD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. Tradução Heloísa de Arruda Villela. São Paulo: Edusp, 1992. p. 61: “A hostilidade que existia na Divisão (Antitruste) com relação à proteção à propriedade intelectual parece ser o produto de uma concepção errônea de que existe um conflito econômico inerente entre os objetivos das leis antitruste e os das leis que protegem a propriedade intelectual. Esta falha era o resultado de uma análise econômica incompleta, feita da seguinte maneira: premissa número 1 – As leis antitruste são destinadas a manter a competição sadia em nossa economia; premissa número 2 – A proteção à propriedade intelectual inibe uma forma de competição: aquela que é feita através da cópia ou do uso não-autorizado da criação dos outros [...]. A conclusão que se tirou dessas duas premissas foi a de que a proteção à propriedade intelectual inibe os objetivos das leis antitruste. Quando o problema é visto desta perspectiva, não é de se admirar que os defensores da lei antitruste tenham tomado sistematicamente posições hostis à proteção à propriedade intelectual. Mas, o problema com esta abordagem é que as premissas em que ela se baseia estão mal formuladas, incompletas. Quando se faz uma análise econômica mais completa, percebe-se que a proteção à propriedade intelectual pode promover a concorrência. Pode encorajar empresas a competir através do desenvolvimento de tecnologias novas, que resultam em opções adicionais para o consumidor, em produtos e serviços novos e melhores e preços mais baixos”.

<sup>29</sup> Exemplificativamente, HALÉVY, Marc. *A era do conhecimento*, cit., p. 98: “A noção de ‘propriedade intelectual’ é uma aberração total: faz parte do velho paradigma jurídico baseado na propriedade e na raridade. No terreno noético, as ideias devem se propagar e proliferar de maneira livre e gratuita. Não por contração ideológica, mas por necessidade vital de criação contínua”.

<sup>30</sup> Nos termos do art. 18 da Lei n. 9.610/98 e diversamente da propriedade industrial, que depende do registro no órgão competente.

<sup>31</sup> HALÉVY, Marc. *A era do conhecimento*, cit., p. 149, 233-238 e 270. Esse autor entende que tanto a propriedade intelectual quanto os direitos autorais representam uma solução ruim, sendo necessário inventar um novo modo de compensar os criadores, não pautado nas vendas nem mesmo *a posteriori*, mas com base nos subprodutos gerados por esse conhecimento. Defende uma transposição da sociedade do dinheiro para a sociedade do talento, na qual há um dever permanente imposto a todos de explorar todas as suas potencialidades. Quanto à remuneração dos criadores, além dos atuais incentivos à pesquisa,

poesia ou ainda descobrir uma nova teoria científica; entretanto, e sem adentrar na necessidade de todos auferirem um mínimo para uma sobrevivência digna, grande parte das pessoas ainda é movida pela pretensão de aumentar seu poder de compra e, conseqüentemente, seu bem-estar. Nesse sentido, a Lei n. 9.610/98 contribui para a ampliação do conhecimento e a propagação de ideias, atividades extremamente valorizadas no contexto econômico atual.

Com a massificação da internet, no final do século XX, surgiram, a propósito, grandes discussões sobre os limites para a disponibilização e a utilização de criações que poderiam ser acessadas por intermédio dessa ferramenta digital, chegando-se ao reconhecimento, a partir da autorização dos autores, de um direito de colocação à disposição do público (*making available*), com o tratado firmado no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre direito do autor<sup>32</sup>. Embora o Brasil dele não participe, serviu como inspiração, em grande medida, para a lei interna de direito autoral, aprovada apenas dois anos depois. Desse modo, pretendia-se conciliar o interesse privado dos criadores com o interesse público geral na educação, investigação e acesso à informação, uma vez que, tendo o autor consentido na integração da obra em rede (*upload*), não são admitidas discriminações arbitrárias ao acesso pelos usuários (*download*). Outro pilar importante desse sistema são medidas efetivas para proteger a obra (codificação ou criptografia) e um sistema de sanções para impedir que se apaguem ou alterem informações relacionadas ao autor, e que impactam em sua remuneração, ou que se transmitam esses arquivos ciente dessa irregularidade<sup>33</sup>.

Esse quadro normativo, para adequar-se às especificidades do meio digital que se espalhava globalmente, reconheceu a importância de ser protegido o direito de propriedade intelectual, seja para premiar o autor e assim estimular novas criações, seja salvaguardando os investimentos aplicados nessas atividades, não impedindo, porém, maior disseminação da

---

públicos e privados, a criação de fundações administradas por profissionais selecionados pelo currículo (que tirariam recursos da poupança privada e/ou empresas), que os recompensaria seja “em espécie”, seja com a comercialização das criações; ou ainda pagamentos diretos por empresas ou organizações fora do esquema de salários, como já ocorre em *startups*. Tal sistema, contudo, não parece significativamente diverso do atual.

<sup>32</sup> Conquanto 93 países já tenham ratificado o Acordo de Direitos Autorais da OMPI, que está em vigor desde 2002, o Brasil não faz parte desse rol. Cf. WIPO – Administered Treaties. Disponível em: [https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&search\\_what=B&bo\\_id=17](https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&search_what=B&bo_id=17). Acesso em: 19 nov. 2021.

<sup>33</sup> Trata-se dos arts. 8º, 11 e 12 do Acordo de Direitos Autorais da OMPI, com dispositivos semelhantes nos arts. 30 e 107 da Lei n. 9.610/98. A respeito, ASCENSÃO, José de Oliveira; CORDEIRO, Pedro; LEWINSKY, Silke von; LIEDES, Jukka; MOTA, José Luis Lopes da; VIDE, Carlos Rogel; VITORINO, António de Macedo. *Sociedade da informação: estudos jurídicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

informação e do conhecimento pela facilidade de propagação<sup>34</sup>. O aumento de violações de direitos autorais que se seguiu levou a indústria da música a adotar novos modelos de distribuição e de produção de riquezas: venda de canções e álbuns *online* com preços reduzidos em relação aos discos e CDs, maior participação dos *shows* no faturamento geral, após intensa dedicação a processos judiciais que não se revelaram frutíferos para o fim de impedir a pirataria. Contudo, e já passadas décadas do início desse fenômeno, que não atinge do mesmo modo todos os autores – visto que essas formas alternativas de angariar recursos não funcionam com a mesma eficiência para artistas menos conhecidos –, verifica-se, diversamente do preconizado pelos defensores de um novo modelo econômico, que ele não culminou com a renúncia aos proventos derivados dos direitos autorais<sup>35</sup>.

Em grande medida, doutra banda, o desenvolvimento da internet foi possível porque se resguardaram os *sites* e provedores de conteúdo em geral, nesse momento ainda incipientes, da responsabilidade pelo conteúdo das obras colocadas à disposição, desde que eliminassem o material após a notificação do prejudicado<sup>36</sup>. Desse modo, não obstante a manutenção da propriedade intelectual, não se pode concluir que isso impediu ou prejudicou de modo significativo o compartilhamento das ideias, assumindo, a partir de então, os bens imateriais um papel central no novo cenário mundial, seja pelo imenso volume de dados e informações disponíveis *online*, a qualquer tempo e de qualquer lugar, seja porque as tecnologias que despontaram desde então exigem, para seu aperfeiçoamento e progresso, maior emprego de conhecimento e criatividade do que de bens materiais, como em momentos históricos anteriores. Ainda que não se trate de uma nova ordem econômica, na

---

<sup>34</sup> É o regime protetivo adotado, inclusive, pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, incisos XXVII, XXVIII e XXIX).

<sup>35</sup> A respeito, deve ser citado processo ajuizado pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) em face de determinado serviço de *streaming e simulcasting* para que fossem suspensas e impedidas as transmissões de obras musicais sem a devida autorização do autor e o pagamento derivado da execução pública das obras musicais, o que foi apreciado em grau recursal pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1559264/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 08.02.2017, DJe 15.02.2017). Restou definido que “O ordenamento jurídico pátrio consagrou o reconhecimento de um amplo direito de comunicação ao público, no qual a simples disponibilização da obra já qualifica o seu uso como uma execução pública, abrangendo, portanto, a transmissão digital interativa (art. 29, VII, da Lei n. 9.610/1998) ou qualquer outra forma de transmissão imaterial a ensejar a cobrança de direitos autorais pelo ECAD”.

<sup>36</sup> É uma das regras previstas no *Digital Milenium Copyright Act – DMCA* –, regulamento norte-americano de 1998 (Section 512(c) e 512(g)(1)), que possibilitou a formação dos grandes conglomerados como Facebook e Google. Esse regulamento, por muito tempo, serviu de parâmetro para a responsabilidade sobre a transmissão de dados pessoais entre Estados Unidos e Europa, nos termos da Decisão da Comissão Europeia n. 2000/520/CE, de 26.07.2000, que nele reconhecia a garantia de um nível de proteção adequado de dados nos Estados Unidos, o que também contribuiu para a disseminação de grandes volumes de dados globalmente. Tal decisão foi, porém, declarada inválida pelo Tribunal de Justiça Europeu, em 06.10.2015 (processo C-362/14 – Maximilian Schrems *versus* Data Protection Commissioner), ao reconhecer a inefetividade desse sistema denominado *safe harbor*.

qual o conceito de propriedade teria sufragado, pode-se falar em uma prática produtiva mais avançada, que se denomina economia do imaterial<sup>37</sup> ou do conhecimento<sup>38</sup>, dada a importância que ganharam os recursos imateriais na sociedade atual.

### 1.3 Do contexto atual

#### 1.3.1 Fim de uma era?

No momento em que este capítulo é escrito, ainda que não haja textos científicos publicados a respeito, observa-se que o mundo passa, possivelmente, por uma mudança de paradigma. A pandemia de Covid-19<sup>39</sup> parece ter colocado em xeque o modelo econômico que impulsionou o capitalismo nas últimas décadas, pautado na fragmentação produtiva e na especialização do trabalho em escala mundial, que acentuaram o fenômeno da globalização. Com um avanço tecnológico sem precedentes, facilitando as comunicações e o gerenciamento da produção, além da padronização e da automação na distribuição das mercadorias, observa-se que os custos de comércio foram reduzidos significativamente, fomentando a disseminação de cadeias globais de valor, que aumentam os ganhos dos países centrais com a concentração de atividades de maior valor agregado, porém torna o mundo como um todo mais interdependente<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> A propósito, LIPOVETSKY, Gilles. *Da leveza*, cit., p. 36: “Economia de serviços e ‘sociedade de informação’ agora estão intimamente ligados e constituem o que às vezes é chamado de ‘capitalismo imaterial’, ou seja, uma economia na qual a criação de valor baseia-se principalmente nos recursos imateriais (inovação, marca, conhecimento, organização, etc.) e na qual uma grande parte do produto é, ela mesma, imaterial”.

<sup>38</sup> Sobre a economia do conhecimento, UNGER, Roberto Mangabeira. *Economia do conhecimento*. Tradução Leonardo Castro. São Paulo: Autonomia Literária, 2018. p. 26, afirma não se tratar apenas do uso de computadores e outras tecnologias de informação para aumentar a eficiência, mas, no estágio atual, “[...] a economia do conhecimento consiste na acumulação de capital, tecnologia, capacitações tecnológicas e ciência aplicados à condução das atividades produtivas. Sua característica ideal é a inovação permanente em processos e métodos, assim como em produtos e tecnologias. Ela não pretende ser somente outra forma de produzir bens e serviços sob arranjos típicos de equipamentos e tecnologias, mas se propõe ser um paradigma de produção que continuamente reinventa a si mesma”.

<sup>39</sup> O relatório da Organização Mundial da Saúde (OMS) de 05.04.2020 apontava um total de 1.133.758 casos confirmados e 62.337 mortes mundo afora (quando se sabe que muitos números são subestimados diante da ausência de testes suficientes para o teste de toda a população que apresenta os sintomas). WHO – WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Coronavirus disease 2019 (COVID-19): Situation Report – 76*. 5 abr. 2020. Disponível em: [https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200405-sitrep-76-covid-19.pdf?sfvrsn=6ecf0977\\_4](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200405-sitrep-76-covid-19.pdf?sfvrsn=6ecf0977_4). Acesso em: 6 abr. 2020.

<sup>40</sup> Esses dados foram extraídos de ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *Interconnected economies: benefiting from global value chains*. London: OECD, 2013. p. 5 e 8-11. Nessa busca por melhorar a economia de escala através da cadeia global de valor, deve ser destacada ainda a importância do aprofundamento do liberalismo (neoliberalismo), que derrubou barreiras comerciais (as tarifas alfandegárias), além do desenvolvimento da aviação.

Em meio a essa emergência sanitária, com a perspectiva de centenas de milhares ou mesmo milhões de mortos em todo o mundo, a depender da capacidade de cada sistema de saúde, a grande maioria dos países impôs o isolamento social de seus residentes e iniciou um processo frenético de compra de equipamentos necessários para fazer frente às demandas médico-sanitárias (máscaras, testes, reagentes, respiradores etc.). Contudo, esbarrou-se em obstáculos criados pelo modelo econômico global: a produção encontrava-se concentrada em alguns países, conforme a divisão de tarefas. Máscaras e testes de menor valor agregado – em condições de normalidade – são produzidos na Ásia, por exemplo<sup>41</sup>, ao passo que medicamentos, ainda que fabricados de forma dispersa, dependem, muitas vezes, de matéria-prima originária de outra região, que além de se tornar escassa já pelo cenário da alta demanda, sofreu com a redução da mão de obra, que se encontrava em isolamento<sup>42</sup>.

Observa-se, desse modo, que, embora o conhecimento represente importante ativo para a pesquisa de novas vacinas e formas de tratamento, bem como para a produção de equipamentos complexos, como os respiradores, a sociedade ainda se encontra dependente de insumos físicos e de recursos materiais para sua própria sobrevivência, de modo que a decisão por transferir grande parte da atividade material para regiões periféricas revela-se uma opção arriscada quando uma emergência torna, subitamente, tais produtos escassos. Em um cenário de circunstâncias extraordinárias, não se observa apenas a subversão do equilíbrio normal da lei da oferta e da procura, mas certos agentes econômicos adotam políticas agressivas de “cobrir a oferta” de outro, mesmo que na pista de embarque do aeroporto, participando ativamente do inadimplemento contratual (terceiro cúmplice), em ato que viola a boa-fé objetiva (sem adentrar em discussões de ordem humanitária)<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> A propósito, máscaras fabricadas pela empresa norte-americana 3M e compradas pela Alemanha “desapareceram” no aeroporto de Bangkok, Tailândia, no final de março de 2020, por terem sido “confiscadas” pelos Estados Unidos, em um ato de “pirataria moderna”, segundo o então prefeito de Berlim, Andreas Geisel. Conforme USA WEISEN VORWURF DER KONFISZIERUNG VON SCHUTZMASKEN ZURÜCK. *Die Welt*. 6 abr. 2020. Disponível em: <https://www.welt.de/vermishtes/live206935325/Corona-live-Boris-Johnson-weiter-auf-Intensivstation-erhaelt-Sauerstoff.html#live-ticker-entry-35801>. Acesso em: 7 abr. 2020.

<sup>42</sup> A dependência alemã da importação de princípio ativo da Índia para a produção dos medicamentos em seu território foi questionada pelo ministro de Saúde alemão Jens Spahn, entre outros políticos, tendo em vista o aumento dos preços e as cadeias de suprimentos vulneráveis, observados no cenário da pandemia, não tendo o país conseguido importar, até aquele momento, hidroxicloroquina. É o que se extrai de MALCHER, Ingo. Am Tropf. *Die Zeit*, n. 15/2020, 2 abr. 2020. Disponível em: <https://www.zeit.de/2020/15/medikamente-arzneimittelhersteller-importe-china-indien-covid-19>. Acesso em: 7 abr. 2020.

<sup>43</sup> Nesse sentido, CORONAVIRUS: l'Île-de-France accuse à son tour les Etats-Unis d'intercepter des masques. *Le Parisien*. 2 abr. 2020. Disponível em: <http://www.leparisien.fr/economie/coronavirus-l-ile-de-france-accuse-a-son-tour-les-etats-unis-d-intercepter-des-masques-02-04-2020-8293155.php>. Acesso em: 7 abr. 2020. Também em CORONAVÍRUS: EUA são acusados de “pirataria” e “desvio” de equipamentos que iriam para Alemanha, França e Brasil. *BBC Brasil*. 4 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52166245>. Acesso em: 7 abr. 2020.

Essa realidade interfere na ordem mundial e no grau de intervenção dos Estados no sistema social e econômico. Observa-se, assim, na contramão do (quase) livre fluxo de mercadorias e de pessoas, característicos do estágio até então em andamento da globalização, que diversos países impuseram o fechamento de suas fronteiras – em maior ou menor grau<sup>44</sup> – na tentativa de frear a rápida disseminação do vírus, medida adotada inclusive entre aqueles que compõem um bloco econômico bastante integrado (a União Europeia)<sup>45</sup>.

Denota-se, nesse caso, além de um sinal de redução da fluência das trocas comerciais e de pessoas intrabloco, um fortalecimento do papel dos Estados-nação, que sequer buscaram primeiro uma solução em âmbito regional, o que leva a questionamentos sobre em que medida a integração, com concessões parciais de soberania, não seria apenas uma carta de intenções, de modo que as instituições supranacionais europeias não teriam suficiente poder de fato sobre os países membros<sup>46</sup>. Em que pese algumas dificuldades de abastecimento geradas por essa medida, considerando a fragmentação produtiva dentro do próprio bloco econômico, é possível concluir que o neoliberalismo, um dos pilares da globalização, não atingiu o enfraquecimento dos Estados-nação como por ele preconizado.

<sup>44</sup> A lista de países com restrição de ingresso de estrangeiros sem razão relevante era tão extensa que se pode inferir que apenas aqueles que não contavam com um número significativo de casos ainda não tinham tomado tal decisão. Contudo, considerando o poder de propagação do vírus, imaginava-se que, em algum momento, todas as fronteiras estariam com impedimento de circulação de pessoas. A respeito, SALCEDO, Andrea; CHERELUS, Gina. Coronavirus travel restrictions, across the globe. *The New York Times*. 1 abr. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/article/coronavirus-travel-restrictions.html>. Acesso em: 6 abr. 2020. Atualmente, o Brasil fechou as fronteiras com seis países da África, conforme “BRASIL “FECHA FRONTEIRAS AÉREAS” PARA SEIS PAÍSES DA ÁFRICA POR VARIANTEOMICRON”. *Estado de Minas*. 26 nov. 2021. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2021/11/26/interna\\_internacional,1326365/brasil-fecha-fronteiras-aereas-para-seis-paises-da-africa-por-variante-om.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2021/11/26/interna_internacional,1326365/brasil-fecha-fronteiras-aereas-para-seis-paises-da-africa-por-variante-om.shtml). Acesso em: 28 nov. 2021.

<sup>45</sup> Após os Estados Unidos suspenderem o ingresso em seu território dos voos originários de solo europeu, a Alemanha passou a impedir o ingresso em seu território inclusive de cidadãos europeus, em 16.03.2020, controlando suas fronteiras com Suíça, Áustria, França, Luxemburgo e Dinamarca. A medida já havia sido tomada pela Dinamarca, Polônia, República Tcheca, Eslováquia e Áustria, e a França respondeu com o anúncio de aumento do controle de suas fronteiras. Não tardou para que a União Europeia, por decisão conjunta de seus membros, com efeitos a partir de 17.03.2020, fechasse suas fronteiras, por 30 dias, com todos os países não europeus. Nesse sentido: DEUTSCHLAND KONTROLLIERT JETZT AN MEHREREN GRENZEN. *Die Welt*. 15 mar. 2020. Disponível em: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article206570369/Coronavirus-Deutschland-kontrolliert-jetzt-mehrere-Grenzen.html>; e também EU SCHLIEßT AUBENGRENZEN AB DIENSTAGMITTAG. *Der Spiegel*. 16 mar. 2020. Disponível em: <https://www.spiegel.de/politik/auslandcoronakrise-eu-schliesst-aussengrenzen-ab-dienstagmittag-a-831a6255-436d-46d2-8ccd-1e4564225e3e>. Acesso em: 6 abr. 2020.

<sup>46</sup> Malgrado os esforços da presidente da Comissão da União Europeia, Ursula von der Leyen, para que os países membros evitassem medidas restritivas do ingresso de europeus em territórios de países membros, a tendência era a intensificação dos controles de fronteira, como a decisão a ser tomada em 6 abr. 2020, pela Alemanha, sobre a extensão da restrição aos países ainda não atingidos – Holanda e Bélgica. A propósito, NEWSBLOG ZU COVID-19. *Der Deutschlandfunk – Die Nachrichten*. 6 abr. 2020. Disponível em: [https://www.deutschlandfunk.de/newsblog-zu-covid-19-pflegekraefte-erhalten-1-500-euro.2852.de.html?dram:article\\_id=472514](https://www.deutschlandfunk.de/newsblog-zu-covid-19-pflegekraefte-erhalten-1-500-euro.2852.de.html?dram:article_id=472514). Acesso em: 6 abr. 2020.

Ainda que se pudesse defender que este é um arranjo emergencial, para um caso de força maior, a perspectiva dos riscos aos quais a sociedade mundial está submetida mudou de forma irreversível, não estando mais limitados a guerras, fome, aquecimento global, terrorismo, e não atingindo apenas a saúde (ou mesmo à vida) das pessoas, mas ruindo a economia com consequências ainda não completamente mensuráveis. Não parece se tratar de mais uma crise do capitalismo, que requeira apenas uma reorganização da economia sobre as mesmas bases, uma vez que o risco sanitário da pandemia foi agravado pelo próprio modelo de economia global e pelo fluxo acentuado de mercadorias e pessoas. Menos de um mês após o aviso oficial da China para a Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre o novo vírus, França, Alemanha, Estados Unidos e diversos países da Ásia já apresentavam contaminados, tanto entre pessoas egressas da China como entre nacionais que tiveram contato com chineses<sup>47</sup>. Trata-se de perigo aparentemente natural e não resultante da intervenção humana como o aquecimento global, porém ao qual o atual estágio científico e técnico não foi capaz de dar pronta resposta<sup>48</sup>, e cujos riscos foram agravados pela globalização.

Desse modo, mesmo que os problemas sanitários sejam superados, a curto ou médio prazo, a estrutura globalizada foi abalada em seus pilares, sendo as perspectivas da prevalência, no pós-pandemia, de uma sociedade predominantemente cosmopolita e democrática ainda nebulosas. A forma de dissipação do vírus favorece o sentimento coletivo contra o estrangeiro, ao passo que as necessidades de intervenções para a contenção do perigo, bem como para o restabelecimento da economia, impulsionam o clamor social por governos fortes, ainda que ditatoriais<sup>49</sup>. Mesmo que o mundo se torne mais fechado, as autoestradas da informação permanecerão, ao que tudo indica, inabaladas, mantendo-se o intercâmbio entre os diversos usuários da internet, ainda que apenas virtual, o que não é capaz, contudo, isoladamente, de caracterizar a continuidade da economia do conhecimento, tal qual até então formulada, o que será objeto de análise no próximo tópico.

---

<sup>47</sup> No sentido da disseminação rápida por todos os cantos do mundo: WIE SICH DAS CORONAVIRUS VERBREITET HAT. *ZDF Online*. 28 jan. 2020. Disponível em: <https://www.zdf.de/nachrichten/panorama/coronavirus-lungenkrankheit-chronologie-100.html>. Acesso em: 8 abr. 2020.

<sup>48</sup> Essa realidade tecnológica limitada vai de encontro à perspectiva sociológico-filosófica de que estaríamos passando por uma revolução “nano”, que representa o poder do homem sobre a vida e a saúde, como defende, entre outros, LIPOVETSKY, Gilles. *Da leveza*, cit., p. 126: “Com a revolução ‘nano’, afirma-se não apenas um novo poder sobre a matéria (produção de materiais novos), mas sobre o vivo e a saúde, principalmente pelo intermédio da medicina regeneradora e da nanomedicina [...]”.

<sup>49</sup> Nesse sentido é a entrevista de Yuval Noah Harari: A historian looks ahead at a transformed post-pandemic world. *NPR*. 5 abr. 2020. Disponível em: <https://www.npr.org/2020/04/05/827582502/a-historian-looks-ahead-at-a-transformed-post-pandemic-world>. Acesso em: 8 abr. 2020.

### ***1.3.2 Da economia pós-pandemia: retorno à valorização do material***

A globalização constitui um fenômeno muito mais amplo do que seu viés econômico pode revelar, atingindo as esferas política, tecnológica e cultural, e foi influenciada, sobretudo, pelo desenvolvimento dos sistemas de comunicação desde o final da década de 1960<sup>50</sup>. Sob esse ângulo, mesmo diante da pandemia, algo da sociedade hipermoderna, correlacionado com a ideia de globalização, parece inabalado ou até intensificado: a velocidade e a facilidade da comunicação e a transmissão de informações, especialmente por meio da internet. Durante o isolamento que atingiu mais da metade da população mundial<sup>51</sup>, tais tecnologias foram necessárias para entrar em contato com parentes e evitar a solidão, assim como para trabalhar e realizar compras em geral. Com isso, conquanto as previsões fossem bastante pessimistas para as economias dos diversos países, em praticamente todos os setores, Google, Amazon e Facebook lucraram com o impulso à digitalização, em decorrência da crise ocasionada pela Covid-19<sup>52</sup>.

Esse incremento na virtualização representa, entretanto, como já exposto, apenas um viés do capitalismo imaterial. Seu outro pilar, que é o conhecimento como ativo que mais agrega valor às empresas, e que permite uma produção baseada na inovação permanente em processos, produtos e tecnologias, passará a compartilhar o protagonismo, na medida em que os investimentos – públicos e privados – serão também direcionados para um escudo de proteção material contra as adversidades inesperadas que podem atingir as populações, consoante uma tomada de decisão em prol da segurança, ainda que em detrimento da eficiência econômica<sup>53</sup>. Dessa forma, é provável um rearranjo do papel da economia material – o domínio sobre os recursos naturais necessários para a autossuficiência das nações passará a ocupar posição de destaque nas políticas públicas, acarretando uma nova fragmentação produtiva, com vistas à regionalização da produção de determinados insumos. Do mesmo

---

<sup>50</sup> A respeito, discorre sobre os impactos da globalização na vida (cotidiana) das pessoas: GIDDENS, Anthony. *Runaway world*, cit., p. 28.

<sup>51</sup> Sobre esse tema, CORONAVÍRUS: metade da humanidade está sob algum tipo de quarentena. *Veja*. 3 abr. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/coronavirus-metade-da-humanidade-esta-sob-algum-tipo-de-quarentena/>. Acesso em: 8 abr. 2020.

<sup>52</sup> Era já a previsão da presidente da Comissão da União Europeia, Ursula von der Leyen, que também defendia que a globalização não pode ser tratada apenas por seu viés econômico, em ULRICH, Bernd. Es führt kein Weg zurück. *Die Zeit*, n. 16/2020, 8 abr. 2020. Disponível em: <https://www.zeit.de/2020/16/ursula-von-der-leyen-corona-krise-globalisierung-europapolitik>. Acesso em: 8 abr. 2020.

<sup>53</sup> Sobre essa provável mudança de paradigma em uma economia pós-crescimento, cite-se a entrevista do economista alemão Niko Paech, em NEHER, Clarissa. Crise do coronavírus expõe vulnerabilidade da globalização, diz economista. *DW*. 23 abr. 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/crise-do-coronav/C3%ADrus-exp%C3%B5e-vulnerabilidade-da-globaliza%C3%A7%C3%A3o-diz-economista/a-53211546>. Acesso em: 5 maio 2020.

modo que, durante a Guerra Fria, houve uma corrida armamentista com empenho de elevadas somas de dinheiro pelos governos, em razão do receio de um ataque iminente, desponta uma demanda da sociedade pela redução de sua exposição a riscos biológicos ou a qualquer outro fator que cause impactos drásticos em seu modo de vida e bem-estar, a fundamentar escolhas até então tidas por antieconômicas (compreendidas como pouco eficientes).

Nesse sentido, pode-se vislumbrar uma tendência à regionalização da produção de itens considerados essenciais para atravessar possíveis crises, em detrimento de uma cadeia produtiva globalizada, na qual se desloca cada etapa ou tarefa da produção para onde quer que estejam disponíveis os materiais e as habilidades necessários para sua realização, a preço e qualidade competitivos. A solução alternativa de dispersão dos fatores de produção por diversas regiões (externas), que poderia revelar-se, do ponto de vista econômico, mais eficiente, não se mostra sustentável, seja porque a queda de preços derivada da concorrência assim criada dificilmente seria equalizada para viabilizar diferentes polos de produção, seja porque ainda não há mecanismos internacionais capazes de impor-se às soberanias nacionais, bastando uma mera suspensão das exportações para abalar o abastecimento das nações compradoras, como se deu no curso da pandemia do Coronavírus<sup>54</sup>.

Deve-se acentuar um outro aspecto do contexto global, observado nos últimos anos, que é a ascensão de governos de extrema-direita e populistas, que, aproveitando-se de suas agendas antissistema, nacionalistas, xenofóbicas e de promoção de um Estado mínimo, poderiam propor, como melhor forma de proteção em relação a crises (sanitárias) futuras, o fechamento de suas fronteiras para o ingresso de não cidadãos. Além das consequências adversas de uma solução isolacionista como essa, não se pode perder de vista o quanto esse grupo de políticos sai desgastado por sua conduta diante da pandemia e os resultados negativos de suas decisões pautadas no descrédito da comunidade científica e na prioridade dada à economia, culminando com a minimização dos efeitos potenciais da doença<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> A exemplo disso, a Índia, como maior fornecedor de princípios ativos para a produção de medicamentos, a partir de insumos adquiridos, por seu turno, da China, determinou a suspensão de exportação de 26 produtos que abasteceriam as cadeias produtivas do mundo como um todo, o que gerou pânico, conforme DASGUPTA, Neha; BURGER, Ludwig Burger. Europe “panicking” over India’s pharmaceutical export curbs: industry group. *Reuters*, New Delhi/Frankfurt. 4 mar. 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-india-drugs/europe-panicking-over-indias-pharmaceutical-export-curbs-industry-group-idUSKBN20R1MD>. Acesso em: 6 maio 2020.

<sup>55</sup> A respeito, SANTOS, Boaventura de Souza. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 25-26, destaca: “Na presente crise humanitária, os governos de extrema-direita ou de direita neoliberal falharam mais do que os outros na luta contra a pandemia. Ocultaram informação, desprestigiaram a comunidade científica, minimizaram os efeitos potenciais da pandemia, utilizaram a crise humanitária para chicana política. Sob o pretexto de salvar a economia, correram riscos irresponsáveis pelos quais,

Ainda que esse desempenho prejudique sua perpetuação no poder, deve-se atentar para uma medida que tais regimes estão propensos a introduzir, desde logo, e que se alinha a seu menosprezo aos instrumentos democráticos, inclusive às garantias fundamentais: um sistema de vigilância da população por meio dos celulares e de suas ferramentas de localização, sob o pretexto de controlar a disseminação do vírus, sem autorização prévia do usuário<sup>56</sup>, que pode estender-se, inclusive, no tocante ao compartilhamento com outros órgãos públicos. Uma vez implantando, e não há obstáculos técnicos para sua introdução imediata, mesmo que tais governos sucumbam à crise, esse legado poderá persistir em momento futuro, quando o Estado estiver sendo conduzido por outras correntes políticas<sup>57</sup>.

Esse aspecto informacional e de garantia da privacidade, que ganha bastante relevo na discussão internacional, em países de todas as vertentes políticas, ainda é comparativamente deixado ao largo no âmbito nacional, e diz respeito à coleta e ao tratamento de dados, especialmente por meio de aplicativos, para monitorar *just in time* quem apresenta os sintomas e localizar quem esteve em contato com esse indivíduo e pode ter sido contaminado. Na Alemanha, na esteira da opinião técnica de especialistas médicos e cientistas, apoiados, em grande medida, no modelo adotado na Coreia do Sul, desenvolveu-se um *software* como forma eficiente de controle da infecção alternativa à medida de

---

esperamos, serão responsabilizados. Deram a entender que uma dose de darwinismo social seria benéfica: a eliminação de parte das populações que já não interessam à economia, nem como trabalhadores, nem como consumidores, ou seja, populações descartáveis como se a economia pudesse prosperar sobre uma pilha de cadáveres ou de corpos desprovidos de qualquer rendimento. Os exemplos mais marcantes são a Inglaterra, os EUA, o Brasil, a Índia, as Filipinas e a Tailândia”.

<sup>56</sup> No Brasil, editou-se a Medida Provisória n. 954, de 17.04.2020, determinando que as empresas de telefonia celular disponibilizassem ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, para fins estatísticos, “em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas” (art. 2º, *caput*). Poucos dias depois, a Lei de Proteção Geral de Dados teve sua *vacatio legis* novamente prorrogada pela Medida Provisória n. 959, de 29.04.2020. O plenário do Supremo Tribunal Federal, contudo, referendou cautelar concedida em 24.04.2020, pela Ministra Rosa Weber, para suspender a eficácia da referida MP n. 954/2020 (ADI 6.387, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 04.05.2020, publicado em processo eletrônico DJe-111 divulg 06.05.2020 public 07.05.2020). Posteriormente, teve sua vigência encerrada por não ter sido convertida em lei.

<sup>57</sup> Nesse sentido HARARI, Yuval Noah. Yuval Noah Harari: the world after coronavirus. *Financial Times*. 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>. Acesso em: 7 maio 2020, acentua que, “When choosing between alternatives, we should ask ourselves not only how to overcome the immediate threat, but also what kind of world we will inhabit once the storm passes. [...] Many short-term emergency measures will become a fixture of life. That is the nature of emergencies. [...] Asking people to choose between privacy and health is, in fact, the very root of the problem. Because this is a false choice. We can and should enjoy both privacy and health. We can choose to protect our health and stop the coronavirus epidemic not by instituting totalitarian surveillance regimes, but rather by empowering citizens”. Em tradução livre: *Ao escolher entre as alternativas, devemos nos perguntar não apenas como superar a ameaça imediata, mas também que tipo de mundo habitaremos quando a tempestade passar. [...] Muitas medidas de emergência de curto prazo tornar-se-ão inerentes à vida. Essa é a natureza das emergências. [...] Pedir às pessoas que escolham entre privacidade e saúde é, na verdade, a própria raiz do problema. Porque essa é uma escolha falsa. Podemos e devemos desfrutar tanto de privacidade quanto de saúde. Podemos escolher proteger nossa saúde e interromper a epidemia de Coronavírus, não instituindo regimes de vigilância totalitários, mas capacitando os cidadãos.*

isolamento social, atentando-se à necessidade de anonimização dos dados – ou seja, não há possibilidade de associação direta ou indireta com um indivíduo –, de molde a observar o direito à privacidade da população, bem como a lei geral de proteção de dados da União Europeia<sup>58</sup>. No Brasil, em que pese as operadoras de telefonia aparentemente terem apenas disponibilizado dados anonimizados de geolocalização, ao contrário do requerido pelo Ministério da Saúde, não há nenhum aplicativo associado que traga alguma utilidade concreta para impedir a propagação do vírus, e não se requer o consentimento do usuário, tampouco lhe tem sido informado sobre o tratamento de seus dados<sup>59</sup>.

Independentemente de instalar-se de fato uma sociedade de vigilância, pode haver um forte incremento do papel dos Estados, na medida em que os países que possuem recursos suficientes para implantar políticas de contenção dos novos riscos agora vislumbrados devem organizar-se, na esteira do fortalecimento do apoio popular à intervenção estatal, para erigir uma cadeia de suprimentos básicos nos limites de seu território, como princípios ativos de medicamentos e materiais hospitalares. Considerando que dificilmente a solução será a constituição de um grande número de empresas estatais, a promoção dessas atividades produtivas por razões de “segurança nacional” pode se dar por meio de incentivos fiscais ou de regulamentos que condicionem a autorização de uma outra indústria produtiva à manutenção de linhas de montagem facilmente intercambiáveis, que permitam a fabricação de itens considerados essenciais sempre que caracterizada a emergência, reduzindo a dependência nacional a insumos importados.

Conquanto fosse uma oportunidade de promover a melhoria de serviços públicos considerados fundamentais, e que vinham sendo relegados à iniciativa privada, como o

---

<sup>58</sup> Conforme FUEST, Benedikt. So erkennt die Corona-App, ob Sie Kontakt zu einem Infizierten hatten. *Die Welt*. 1 abr. 2020. Disponível em: <https://www.welt.de/wirtschaft/article206939411/Coronavirus-Diese-App-soll-jetzt-das-Virus-killen.html>. Acesso em: 8 abr. 2020. Ressalte-se que um tal dispositivo, que pode vir a monitorar até a temperatura corporal das pessoas, desde que com o uso de uma pulseira esportiva, precisa ser combinado, segundo os cientistas especializados, com outras políticas, como a de testagem em massa da população, a fim de atingir seu objetivo.

<sup>59</sup> A respeito, MAGENTA, Matheus. Coronavírus: governo brasileiro vai monitorar celulares para conter pandemia. *BBC News Brasil*. 3 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52154128>. Acesso em: 8 abr. 2020. Segundo a reportagem, o ministro da Saúde defendeu que as operadoras de telefonia disponibilizassem os dados pessoais individualizados para as autoridades de saúde localizarem pessoas infectadas, o que não foi atendido. Também DIEB, Daniel; GOMES, Helton Simões. Governo vai monitorar celular para controlar aglomeração na pandemia. *UOL*. 2 abr. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/04/02/para-combater-a-covid-19-o-governo-federal-vai-monitorar-o-seu-celular.htm>. Acesso em: 8 abr. 2020. Acentue-se que, segundo esta última notícia, o Ministério da Economia criou, por resolução, um Comitê Central de Governança de Dados, cuja definição de atribuições causava preocupação sobre a obediência, em sua atuação, aos limites legais e constitucionais.

sistema de saúde<sup>60</sup>, sendo o exemplo norte-americano paradigmático, a partir dos graves efeitos da pandemia naquele território<sup>61</sup>, não se viu pressão popular capaz de alterar suas decisões políticas nesse tocante. Além do alto número de óbitos e de pessoas infectadas, que dificultaram uma retomada econômica por um significativo período de tempo, a exposição da dependência americana em relação a alguns insumos produzidos na China abalou sua posição de maior potência do planeta, tudo a ensejar alterações de monta em sua organização econômica. A aposta de que esse evento extraordinário não se repetirá em um futuro a curto ou médio prazo revela-se demasiado arriscada, tendo em vista os efeitos humanitários e econômicos desastrosos de sua concretização.

Decerto, deverão aumentar, outrossim, os investimentos em pesquisas na área da saúde, com vistas à antecipação de vacinas e medicamentos que possam vir a ser necessários ou úteis<sup>62</sup>, sem o enfoque atual na sua aplicação prática imediata que é a garantia do retorno dos valores aportados para seu desenvolvimento. Nesse ponto, estaremos mais próximos de uma Era do Conhecimento, tal como preconizada por HALÉVY, uma vez que, além do destacado papel da atividade criativa e inovadora, os resultados produzidos não contribuirão, de forma imediata ou necessariamente, para o aumento do valor agregado de processos, produtos e serviços, mas para atender a demandas sociais de cunho não econômico, o que se alinha à defesa da marginalização da economia. Deve-se ressaltar, contudo, que se trata de apenas um passo naquela direção, sendo importante refletir sobre quais outras formas, além dos investimentos públicos, viabilizariam a remuneração dos pesquisadores, visto que não seria possível contar com o produto da comercialização do resultado de suas descobertas e invenções<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *A cruel pedagogia do vírus*, cit., p. 25-26, bem ponderou, que, após a pandemia, e mantido o sistema capitalista de consumo, os serviços públicos seriam ainda mais sucateados, em razão do endividamento dos Estados para a contenção da pandemia.

<sup>61</sup> Sobre as deficiências peculiares do sistema de saúde norte-americano, agravadas no curso da crise do Coronavírus, cite-se HOOK, Leslie; KUCHLER, Hannah. How coronavirus broke America's healthcare system. *Financial Times*, London/New York. 30 abr. 2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/3bbb4f7c-890e-11ea-a01c-a28a3e3fbd33>. Acesso em: 7 maio 2020.

<sup>62</sup> É uma perspectiva diferente da que atualmente norteia a indústria farmacêutica e os centros de pesquisa sanitária, e que teria impedido de já terem sido desenvolvidas vacinas para a Sars e a Mers, o que, por seu turno, facilitaria a criação da imunização contra a Covid-19 (também conhecida como Sars-2). A respeito, NAVAS, Maria Helena. Coronavírus: como o mundo desperdiçou a chance de produzir vacina para conter a pandemia. *BBC News*. 10 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52238530>. Acesso em: 7 maio 2020; e também SIMMANK, Jakob; GRABAR, Edda; FISCHER, Linda. Wann kommt die Impfung? *Die Zeit*. 9 abr. 2020. Disponível em: <https://www.zeit.de/wissen/gesundheit/2020-04/sars-cov-2-impfstoff-forschung-beschleunigung-coronavirus>. Acesso em: 7 maio 2020.

<sup>63</sup> Apresentando um modelo de remuneração alternativo, sem excluir a propriedade intelectual em casos de grande volume de capital privado (indústria farmacêutica e de biotecnologia), cite-se UNGER, Roberto Mangabeira. *Economia do conhecimento*, cit., p. 129-132.

Ademais, tampouco restariam caracterizadas as premissas em que se assenta a economia das ideias, em seu formato que configura a era noética, na medida em que se pressupõe que os pesquisadores não se habilitariam a trabalhar de forma não remunerada, nem os patrocinadores de tal atividade estariam dispostos a compartilhar gratuitamente os resultados obtidos. É um cenário, entretanto, fértil para parcerias entre diferentes centros de pesquisa diante dos ganhos derivados do aproveitamento das conclusões já experimentados por outro instituto (o que permite avançar etapas), e sem uma perspectiva, no horizonte mais próximo, de perdas econômicas. Trata-se de uma oportunidade para aplicar um novo modelo de cooperação e simbiose que abala o dogma da concorrência<sup>64</sup>.

Vislumbra-se, portanto, que, superada a presente crise, haverá, possivelmente, um retrocesso no tocante à economia do conhecimento nos países desenvolvidos, tendo em vista que a concentração de tais atividades intelectuais cederá espaço para a internalização de parte da economia material, outrora transferida para países periféricos por questões de eficiência. Essa decisão, que poderá impactar consideravelmente a divisão de trabalho e o comércio internacionais, apenas acentua as práticas protecionistas que já vinham sendo implementadas por Estados com governos de extrema-direita, como o esvaziamento das funções da Organização Mundial do Comércio (OMC)<sup>65</sup>. Nos países em desenvolvimento com certo grau de digitalização, é possível que a economia do conhecimento ganhe impulso, em razão do incremento na constituição de empresas que busquem explorar atividades inovadoras no mercado (*startups*), que não exigem aportes significativos de capital – cuja escassez decorre da grave crise econômica –, ao mesmo tempo que criam novas demandas<sup>66</sup>.

Doutra banda, o neoliberalismo, quanto à sua defesa de um Estado mínimo, também sofrerá fortes reveses, diante de uma nova perspectiva social da importância da intervenção

<sup>64</sup> Sugerindo que esse é o padrão que melhor desenvolve a Era do Conhecimento, cite-se HALÉVY, Marc. *A era do conhecimento*, cit., p. 299-300. No mesmo sentido, propondo uma concorrência cooperativa, UNGER, Roberto Mangabeira. *Economia do conhecimento*, cit., p. 51-52.

<sup>65</sup> Em dezembro de 2019, pela não aprovação dos Estados Unidos dos nomes indicados para integrar o órgão de apelação da OMC, esse organismo internacional deixou de ser mais capaz de funcionar como instância decisória sobre as disputas comerciais que surgem entre os países que o integram, o que representou maiores obstáculos aos fluxos comerciais globais. Cite-se, a propósito, OMC PERDE PODER DE DECIDIR DISPUTAS COMERCIAIS. *Isto É Dinheiro*. 11 dez. 2019. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/omc-perde-poder-de-decidir-disputas-comerciais/>. Acesso em: 7 maio 2020.

<sup>66</sup> A respeito, cite-se UNGER, Roberto Mangabeira. *Economia do conhecimento*, cit., p. 272: “Um segundo motivo para prever longa sobrevivência para a escassez é o caráter mimético e insaciável do desejo e do consumo, que a economia do conhecimento pode contribuir muito para reforçar. Um dos traços da economia do conhecimento, mesmo no nível relativamente superficial da engenharia de produção, é permitir a despadronização e customização de bens e serviços, com escala e com preços acessíveis ao mercado de massa, ao contrário da pequena escala e do custo relativamente alto da produção artesanal”. Deve-se citar que há correntes de pensamento que, ao contrário, antevêm dificuldades para o ingresso de países em desenvolvimento na economia do conhecimento tendo em vista o déficit educacional, o que inviabilizaria a migração para o setor criativo.

estatal para a manutenção do bem-estar e da saúde pública. O Estado, tido como impotente diante de um “turbocapitalismo” globalizado<sup>67</sup>, ganhará legitimidade popular para contrapor-se à eficiência econômica em prol de medidas necessárias para reduzir as incertezas do futuro. Dessa maneira, o movimento de concentração de atividades baseadas no conhecimento e na inovação, por seu maior valor agregado, será minimizado em face do compartilhamento de incentivos para a interiorização de formas de produção tradicionais, observada a sustentabilidade ecológica dos processos aplicados.

A globalização, de um lado, será abalada pela redução dos fluxos de pessoas, bem como da integração econômica, em consequência dos novos padrões de precaução em face de riscos inesperados (dentre outros, sanitários); por outro lado, porém, o contato físico deve ser substituído, ainda que com as limitações que lhe são inerentes, pelas interações virtuais, mantendo-se, e ainda se ampliando, o grande fluxo de informação e de comunicação, que não é confinado por barreiras imigratórias, e que facilita as trocas comerciais. Será um mundo globalizado, mas em outros termos.

Uma vez analisado o contexto em que buscamos delinear o regime informacional, no qual se reconhece que a importância econômica dos produtos e inovações derivados do conhecimento não exclui a necessidade do fácil acesso a bens materiais agora tidos como essenciais, impõe-se, para uma análise científica, delimitar nosso objeto de estudo, seja buscando uma definição do que é informação, e suas diferenças para conhecimento, dados e opiniões, bem como apresentando de que forma esse elemento pode influenciar diversas relações jurídicas, consoante sua natureza e o momento em que entabuladas.

---

<sup>67</sup> Essa perspectiva é apresentada em LIPOVETSKY, Gilles. *Da leveza*, cit., p. 273.

## CAPÍTULO 2 – O que é informação?

### 2.1 Definição geral e diferenças em relação a dados e conhecimento

A definição de informação, que caracteriza o conteúdo das prestações e deveres que se pretende delinear ao longo deste estudo, embora não tenha recebido atenção das Ciências Jurídicas no Brasil, é parte importante da compreensão do objeto da presente análise, a fim de que sejam bem fixados os seus contornos. Essa delimitação revela-se ainda mais necessária à medida que outros conceitos que lhe são próximos tornam-se de uso corrente e passam a ser utilizados como se com esse termo intercambiáveis fossem, o que não é verdade. É o caso de dados que passaram a ser amplamente coletados com a massificação da internet e o desenvolvimento das ferramentas tecnológicas específicas, mas que, em si, não caracterizam informação. Ademais, como já exposto no tópico 1.2.1, nota-se um uso, frequentemente indiscriminado, das denominações “sociedade da informação” e “sociedade do conhecimento” para caracterizar as especificidades do atual contexto social, sem atenção para suas peculiaridades.

A informação pode ser compreendida como uma mensagem que transforma a maneira como seu destinatário percebe alguma coisa, à medida que acresce valor à compreensão do sujeito, de modo a impactar seu comportamento e julgamento. A palavra tem origem no latim *informatio*, derivado de *informare*, que traduz dar forma a, dispor, educar, instruir<sup>68</sup>, corroborando essa finalidade de influenciar a pessoa que a recebe, modificando sua perspectiva ou visão. Essa definição é normalmente associada à ideia de dados estruturados ou organizados, considerando tanto manuais de sistemas de informação como de gestão do conhecimento. Prevalece o conceito de informação como um conjunto de dados que passaram por um processo de estruturação cognitiva por meio de algumas formas de associação com experiências anteriores ou de relação com outros dados (contextualizados, portanto), ganhando significado, relevância e propósito<sup>69</sup>.

Dados, por seu turno, são fatos discretos e objetivos ou observações sobre eventos, que se encontram desorganizados e não processados, razão pela qual não transmitem qualquer significado específico. Sua origem etimológica é o latim *datus*, que significa dado,

<sup>68</sup> Cf. CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. 2. ed. 11. reimpr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 364-365 e 436.

<sup>69</sup> Nesse sentido, ROWLEY, Jennifer. The wisdom hierarchy: representations of the DIKW hierarchy. *Journal of Information Science*, 33 (2), 2007. p. 171-172.

entregue, enquanto participio de *dare* (dar)<sup>70</sup>, o que denota sua objetividade. Um conceito bastante utilizado quando se trata da internet é *Big Data*, que consiste em um enorme conjunto de dados agregados, variados, pouco estruturados e que precisam ser processados rapidamente<sup>71</sup>. Embora os dados não apresentem valor sem contexto ou interpretação, compõem a matéria-prima essencial para a criação da informação<sup>72</sup>, especialmente para certas organizações empresariais, como as plataformas digitais, que, a partir dos dados coletados de seus usuários, estabelecem conexões entre estes e fornecedores de produtos e serviços.

Verifica-se, portanto, que os dados, isoladamente, não têm utilidade, por não serem capazes de transmitir uma mensagem ou de representar algum conhecimento, carecendo de relevância e propósito. Contudo, o ser humano tem as condições para transformar dados em informações por meio da sua interpretação, atribuindo-lhes contexto e significado, inclusive por meio da computação. Sendo assim, não é correto continuar a afirmar que dados “brutos” não têm valor. A diferença, com base no exposto, entre dado e informação é funcional e não estrutural<sup>73</sup>. Nessa conjuntura, é igualmente relevante o papel do receptor, que, em última análise, determina se a mensagem configura dado ou informação, conforme suas capacidades e experiências anteriores. Quanto maior a complexidade da informação, mais provável que sejam díspares as percepções de diferentes indivíduos que são seus destinatários<sup>74</sup>.

Segundo DAVENPORT e PRUSAK<sup>75</sup>, os computadores podem auxiliar, mas apenas as pessoas têm a aptidão de transformar dados em informações, por sua capacidade cognitiva, agregando-lhes valor de diversas maneiras: (i) contextualização – conferir

<sup>70</sup> Cf. CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*, cit., p. 239.

<sup>71</sup> Cf. KELLEHER, John D.; TIERNEY, Brendan. *Data science*. Cambridge: MIT Press, 2018. p. 9.

<sup>72</sup> Nesse sentido, diferenciando informação, dados e conhecimento, DAVENPORT, Thomas; PRUSAK, Lawrence. Working knowledge: how organizations manage what they know. *Ubiquity*, New York, Article n. 6, August 2000. Versão online. doi:10.1145/347634.348775. Disponível em: <https://dl.acm.org/doi/10.1145/347634.348775>. Acesso em: 13 maio 2020.

<sup>73</sup> Cf. ROWLEY, Jennifer. *The wisdom hierarchy*, cit., p. 166.

<sup>74</sup> Sobre a necessária condição humana para transformar informação em dados e a relevância da capacidade do receptor, cite-se ROSINI, Alessandro Marco; PALMISANO, Angelo. *Administração de sistemas de informação e a gestão do conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 109: “Alguns autores definem dado como uma sequência de símbolos quantificados ou quantificáveis: um texto é um dado, mas também o são fotos, figuras, sons gravados e animação, pois todos podem ser quantificados a ponto de eventualmente se ter dificuldade de distinguir a sua reprodução, a partir da representação quantificada, com o original, e a informação como uma abstração informal (isto é, não pode ser formalizada através de uma teoria lógica ou matemática), que está na mente de alguém, representando algo significativo para essa pessoa. Se a representação da informação for feita por meio de dados, pode ser armazenada em um computador; uma distinção fundamental entre dado e informação é que o primeiro é puramente sintático e a segunda contém necessariamente semântica (implícita na palavra ‘significado’ usada em sua caracterização). É interessante notar que é impossível introduzir e processar semântica em um computador, porque a máquina é puramente sintática (assim como a totalidade da matemática)”.

<sup>75</sup> DAVENPORT, Thomas; PRUSAK, Lawrence. *Working knowledge*, cit., não paginado.

finalidade aos dados que foram coletados; (ii) categorização – atribuir as unidades de análise ou os principais componentes dos dados; (iii) cálculo – realizar análise matemática ou estatística; (iv) correção – remover erros dos dados; (v) condensação – resumir os dados para uma forma mais concisa. Embora escrito há mais de duas décadas, o artigo ainda se revela atual, tendo em vista que, mesmo diante de todo o avanço tecnológico, as máquinas processadoras de dados são capazes de executar apenas as tarefas para as quais foram programadas pelos analistas de dados, sendo, portanto, o homem quem efetivamente dirige o seu tratamento.

No contexto atual, em que são coletados e acumulados dados em volumes progressivamente abundantes, pela facilidade e pela redução de custos proporcionadas, dentre outros fatores, pelo *cloud computing*<sup>76</sup>, que permite seu armazenamento em servidores remotos, onde podem ser acessados e processados por meio de recursos (*hardware* e *software*) compartilhados em uma rede, geralmente a internet, impõe-se o desenvolvimento de técnicas de extração de conhecimentos a partir de grandes bases de dados. A mineração destes (*data mining*) corresponde a uma importante etapa no processo de descoberta de conhecimento em bases de dados (*knowledge discovery in databases* ou KDD), na qual são aplicados algoritmos capazes de extrair conhecimentos a partir de dados pré-processados<sup>77</sup>.

Nesse ponto, faz-se mister apresentar o conceito de conhecimento, diferenciando-o de dados e informações, sem perder de vista que há controvérsias sobre essa definição. O conhecimento constrói-se a partir da informação que é extraída de dados, à qual é adicionada a opinião de especialistas, habilidades e experiência, resultando em ativos valiosos que podem ser usados para auxiliar o processo de tomada de decisão. Desse modo, enquanto a informação consiste em dados aos quais foi atribuído significado, o conhecimento avança na escala de complexidade e compreende o produto da transformação da informação que é aplicado a um problema ou atividade atual. Conhecimento implica, portanto, a síntese de múltiplas fontes de informação, ao longo do tempo, combinada com experiências,

---

<sup>76</sup> A respeito de *cloud computing*, CASTRO, Leandro Nunes de; FERRARI, Daniel Gomes. *Introdução à mineração de dados: conceitos básicos, algoritmos e aplicações*. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*. l. 613: “Uma das mais emblemáticas representantes dessa superabundância de dados é a computação em nuvem (*cloud computing*) [...]. Para termos uma ideia da dimensão que a nuvem vem ganhando, em abril de 2012 o Greenpeace publicou um relatório intitulado ‘Quão limpa é a sua nuvem?’, no qual é feita uma análise da quantidade e do tipo de fonte de energia consumida por cada uma das maiores empresas de computação do planeta, como Amazon, Apple, Facebook, Google, Microsoft, Twitter e Yahoo!. De acordo com o relatório, a demanda de energia da internet juntamente com as empresas vinculadas à nuvem foi de aproximadamente 623 bilhões de KWh em 2007; se a nuvem fosse um país, sua demanda de energia seria a quinta maior do mundo”.

<sup>77</sup> CASTRO, Leandro Nunes de; FERRARI, Daniel Gomes. *Introdução à mineração de dados*, cit., l. 611, 630, 647 e 661.

habilidades, treinamentos, valores e percepções de especialistas, o que permite tirar conclusões com significado prático<sup>78</sup>.

Observa-se, portanto, que o conhecimento não é puro nem simples, dependendo da contribuição humana para sua produção, na medida em que demanda reflexão, síntese e contexto. Nas organizações empresariais, é incorporado em rotinas, processos, práticas e normas organizacionais. Por uma perspectiva mais estrita de conhecimento, ou seja, enquanto essa capacidade de interpretar e operar sobre um conjunto de informações, verifica-se que um computador pode ser programado para que apresente conhecimento a partir da análise de um conjunto de dados, sujeito à limitação de a máquina não ser ainda apta a reproduzir o saber intuitivo, que não pode ser apreendido em termos lógicos<sup>79</sup>. O conhecimento *lato sensu*, de seu turno, é permeado de uma fluidez e de um dinamismo que permitem avaliar e incorporar novas experiências e informações, produzindo novas ideias.

Nesse sentido, a mineração de dados, que pressupõe sua seleção e preparação prévia, permite a realização de uma série de tarefas, por meio da aplicação de algoritmos<sup>80</sup>: (i) análises descritivas – para medir, explorar e descrever características intrínsecas dos dados; (ii) predição – enquanto modelo para avaliar a classe de um objeto não rotulado (classificação) ou para estimar o valor de um ou mais atributos de certo objeto (estimação); (iii) agrupamento – com vistas a segmentar um conjunto de objetos em grupos (*clusters*) de objetos similares, sendo tais classes desconhecidas *a priori*; (iv) associação – em que se objetiva encontrar relações entre os atributos (regras de associação) e não entre os objetos em si para aplicações práticas (significância das regras propostas); (v) detecção de anomalias – para apontar, em uma base de dados, objetos que não seguem o comportamento ou não possuem a característica comum dos dados ou de um modelo que os represente (*outliers*). Essa modalidade de tratamento de dados (*data mining*) submete-se ainda a uma verificação de erros, em que se avalia o desempenho do algoritmo, realimentando-o com as conclusões da análise, bem como a uma validação posterior, a fim de identificar se os conhecimentos extraídos são realmente úteis<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> A respeito, ROWLEY, Jennifer. *The wisdom hierarchy*, cit., p. 172.

<sup>79</sup> A propósito, DAVENPORT, Thomas; PRUSAK, Lawrence. *Working knowledge*, cit., não paginado.

<sup>80</sup> Cf. CASTRO, Leandro Nunes de; FERRARI, Daniel Gomes. *Introdução à mineração de dados*, cit., l. 655 e 682: “Cabe ressaltar que, sob uma perspectiva de armazém de dados (*data ware house*), o processo de mineração de dados pode ser visto como um estágio avançado do processamento analítico *on-line* (*on-line analytical processing – OLAP*). Entretanto, a mineração de dados vai muito além do escopo restrito típico de um OLAP, baseado em métodos de resumo ou sumarização de dados, incorporando técnicas mais avançadas para a compreensão e a extração de conhecimentos dos dados”.

<sup>81</sup> CASTRO, Leandro Nunes de; FERRARI, Daniel Gomes. *Introdução à mineração de dados*, cit., l. 689-819.

Reforça-se, dessa forma, a imprescindibilidade da contribuição humana para a formação do conhecimento, exercendo os analistas de dados papel fundamental para os resultados obtidos com o uso de computadores. A tecnologia informática moderna funciona como uma ferramenta facilitadora da produção desse conhecimento, tendo em vista que tem uma capacidade muito superior à humana de processar dados. A técnica de mineração de dados é usada, por exemplo, para prever a produtividade de grãos na lavoura, indicando a necessidade de adequação do solo ou de controle de pragas; para determinar sentimentos em redes sociais a partir da análise de dados inseridos pelo próprio usuário, o que permite definir estratégias em campanhas políticas e de consolidação de marcas; a fim de detectar fraudes em cartão de crédito para identificar, de forma rápida e eficiente, as transações ilegítimas; com vistas a decidir sobre a atribuição de crédito a quem solicita o financiamento, bem como acerca da fixação do valor a ser disponibilizado<sup>82</sup>.

Esse processo de evolução da capacidade de processamento e de produção de conhecimento pelos computadores tende a se acentuar, o que já pode ser notado pela pesquisa e desenvolvimento em aprendizagem de máquina (*machine learning*), vale dizer, programas computacionais capazes de automaticamente melhorar seu próprio desempenho por meio de experiências passadas (dados de entrada). Nota-se, dessa maneira, uma formação de conhecimento mais dinâmica e fluida, em que se estabelecem novas relações e conclusões, havendo uma mudança ou adaptação de comportamento do programa, gradualmente, com base em exemplos, o que pressupõe manipular a informação, extraíndo-a dos dados de forma automática<sup>83</sup>.

Neste ponto, é importante sublinhar que o artigo “A mathematical theory of communication”, publicado em 1948 por CLAUDE SHANNON, foi um ponto de virada na compreensão da informação<sup>84</sup>, uma vez que revelou a possibilidade de ela ser quantificada, quando propôs um modelo matemático para a comunicação desvinculado de qualquer tecnologia em particular. Ainda que tenha surgido com a intenção de aperfeiçoar a comunicação, o que ressalta o caráter da informação como mensagem, é inegável que a teoria de SHANNON viabilizou o advento de diversos algoritmos, que são as ferramentas

---

<sup>82</sup> CASTRO, Leandro Nunes de; FERRARI, Daniel Gomes. *Introdução à mineração de dados*, cit., l. 712; 926-1020.

<sup>83</sup> CASTRO, Leandro Nunes de; FERRARI, Daniel Gomes. *Introdução à mineração de dados*, cit., l. 865-888, que ressaltam que a aprendizagem não requer consciência nem inteligência. Deve-se frisar, contudo, que inovação e intuição ainda são capacidades exclusivamente humanas.

<sup>84</sup> Cf. VERDU, Sergio. Fifty years of Shannon theory. *IEEE Transactions on Information Theory*, IEEE, v. 44, n. 6, p. 2057-2078, 1998, que resalta que o referido artigo de Shannon pode ser considerado a Magna Carta da Era da Informação e marca o nascimento da Teoria da Informação (p. 2057).

necessárias ao tratamento atual de dados, além de influenciar diversos outros ramos da ciência, como a economia e a biologia<sup>85</sup>.

Cumprе ressaltar que, para apresentar seu modelo, SHANNON<sup>86</sup> partiu da premissa de que a informação que ele pretendia transmitir está desvinculada de seu conteúdo, do que se poderia concluir que a transmissão alcançada seria de símbolos e signos, que podem (ou não) configurar dados, segundo os conceitos que foram acima apresentados. Contudo, esse modelo, que se propõe a eliminar ruídos na comunicação, diferencia a fonte de informação, o canal e o destinatário do transmissor e do receptor, que são os responsáveis pela transformação e decodificação da mensagem. Assim, caso o receptor seja um computador, poderá fornecer ao destinatário uma informação, e não simples dados a demandar contextualização.

Outro aspecto central da teoria desenvolvida por SHANNON e que pode trazer elementos diferentes para a compreensão, também no campo jurídico, da informação é a aplicação da noção de entropia à quantificação da informação, e que serve como uma medida de incerteza, a partir de probabilidades<sup>87</sup>. Sendo assim, a quantidade de informação é diretamente proporcional ao logaritmo de número de mensagens possíveis. Quanto maior o número de possibilidades, maior a quantidade da informação transmitida, porque a mensagem atual é distinta de um grande número de possíveis alternativas<sup>88</sup>. A incerteza e o risco subjacente ao processo de transmissão de informação, comumente denominado comunicação, ainda que este não envolva interpretações pessoais (próprias da semântica), não devem ser negligenciados.

O fato de o ser humano ter acesso a uma variedade de instrumentos da tecnologia da informação e comunicação não significa, necessariamente, uma melhoria do estado da informação, pois o meio de transmissão não se confunde com a mensagem<sup>89</sup>. No atual contexto, de coleta massiva de dados, por definição desestruturados, isolados e descontextualizados, a intermediação humana, seja por sua própria interpretação, seja pela programação de computadores, assume papel relevante para que venham a configurar informação. Por isso a importância do tratamento do *Big Data*, já que um grande volume de

---

<sup>85</sup> A respeito, ASPRAY, William. The scientific conceptualization of information: a survey. *Annals of the History of Computing*, IEEE, v. 7, n. 2, p. 117-140, 1985, que acentua que, embora seja possível quantificar os códigos que compõem a informação, o mesmo não se estende a seu aspecto semântico (p. 117).

<sup>86</sup> Cf. SHANNON, Claude Elwood. A mathematical theory of communication. *The Bell System Technical Journal*, v. 27, p. 379-423 e 623-656, July/October, 1948. Segundo o autor, o problema que ele pretendia resolver era “reproducing at one point either exactly or approximately a message selected at another point” (p. 379). Em tradução livre: *reproduzir em um ponto exatamente ou aproximadamente uma mensagem selecionada em outro ponto*.

<sup>87</sup> SHANNON, Claude Elwood. A mathematical theory of communication, cit., p. 388-389.

<sup>88</sup> Nesse sentido, ASPRAY, William. The scientific conceptualization of information, cit., p. 119-120.

<sup>89</sup> A propósito, DAVENPORT, Thomas; PRUSAK, Lawrence. Working knowledge, cit., não paginado.

dados “em estado bruto” está sendo constantemente armazenado, e sua exclusão é tecnicamente quase impossível, também pelos custos econômicos envolvidos, tendo em vista o “espelhamento” dos dados em inúmeros servidores, e sem ferramentas viáveis de criptografia para definir, por exemplo, uma “data de validade”<sup>90</sup>.

Acrescente-se, ainda a respeito da definição de informação, um outro conceito, bastante em voga, que, embora possa, em uma análise açodada, parecer seu antônimo, carrega um significado diverso da ignorância, enquanto não ciência de certos fatos: a desinformação. Ao delimitar o conteúdo do dever e da prestação de informar, objeto do presente estudo, impõe-se diferenciá-lo da desinformação, algo não exatamente novo, mas que ganhou grande repercussão pelos meios digitais de propagação.

## 2.2 Da desinformação

### 2.2.1 Definição

Esse termo, embora tenha inicialmente surgido nos anos 1950 na extinta União Soviética, não se revela tão apropriado ao que se pretende: a desinformação, conquanto apresente o prefixo “des”, que representa negação ou oposição, significa a comunicação de uma mensagem equivocada, de modo a levar o destinatário a uma má compreensão da realidade. Dessa forma, não há a neutralidade própria da privação de informação; ao contrário, a desinformação caracteriza-se por sua capacidade de fazer crer em coisas que contradizem as evidências, não forçosamente elementos mentirosos por si, com o intuito de alterar os critérios de decisão do destinatário da mensagem, suscitando uma reação favorável a certos projetos. Ademais, superando a simples mentira ou a manipulação, verifica-se a finalidade agravante de tornar essas ilusões contagiosas pelo compartilhamento, o que revela que há método e objetivo na configuração conflituosa<sup>91</sup>. Observa-se, assim, uma ação dolosa, ao menos inicial, na construção da narrativa a ser propagada.

<sup>90</sup> A respeito, DRACKERT, Stefan. *Die Risiken der Verarbeitung personenbezogener Daten – Eine Untersuchung zu den Grundlagen des Datenschutzrechts*. Band S 149. Ettenheim: Stückle Druck und Verlag, 2014. p. 153. Neste ponto, o jurista reforça os riscos decorrentes do caráter permanente dos dados pessoais coletados (*Informationspermanenz*), o que pode redundar em exposição (e cobrança social) “eterna” sobre fatos ocorridos no passado.

<sup>91</sup> Cf. HUYGHE, François-Bernard. *La désinformation: les armes du faux*. Paris: Armand Colin, 2016. p. 13-20. A definição proposta pela autora: “La désinformation consiste à propager délibérément des informations fausses, prétendues de source neutre, pour influencer une opinion et affaiblir un camp” (p. 17). Em tradução livre: *A desinformação consiste em propagar deliberadamente informações falsas, pretensamente de fonte neutra, para influenciar uma opinião e enfraquecer um campo*.

É importante destacar que a desinformação não se confunde com as *fake news*, não se revelando adequado falar em notícia falsa, na medida em que, para configurar uma notícia, a mensagem deve conter informações verificáveis de interesse público. Para caracterizar uma notícia, seu conteúdo deve ser, necessariamente, verdadeiro. Assim, a proliferação da ideia de *fake news* presta-se, na verdade, para danificar a credibilidade da informação que atende aos pressupostos da notícia, desmerecendo o papel democrático da imprensa séria<sup>92</sup>. Nesse sentido, há uma utilização política desse termo para qualquer tipo de cobertura (jornalística) desagradável, desabonando o trabalho da mídia profissional, o que contribui para a propagação da descrença, caracterizando o que se tem denominado “sociedade da desconfiança”. Em última análise, a crença em uma desinformação crônica e presente em toda parte torna-se, ela mesma, desinformante<sup>93</sup>.

Segundo distinção apresentada por WARDLE e DERAKHSHAN<sup>94</sup>, não se deve confundir a desinformação – enquanto informação falsa, deliberadamente criada para prejudicar uma pessoa ou grupo – com outras modalidades de transtorno informacional. É o caso da “*mis-information*”, que pode ser traduzida como informação incorreta<sup>95</sup>, e corresponde, com efeito, à informação falsa, mas que não foi criada com a intenção de causar danos. A outra hipótese é de “*mal-information*”, quando a informação é baseada na realidade – vazamentos, assédio e discurso de ódio –, mas utilizada para infligir prejuízos a alguém ou a um conjunto de pessoas.

<sup>92</sup> A propósito, IRETON, Cherilyn; POSETTI, Julie. *Jornalismo, fake news & desinformação: manual para educação e treinamento em jornalismo*. Brasília: Unesco Office Brasília, 2019. *E-book*. p. 7. Igualmente, o vice-presidente do Twitter, em 2017, Colin Crowell, afirmou que “as *fake news* tornaram-se um *slogan* que se utiliza para descrever tudo, desde notícias fabricadas, informação incorreta e propaganda suportada pelo Estado, até notícias de que algumas pessoas não gostam ou pontos de vista com os quais as pessoas não estão de acordo”. *Apud* ROSA, Raúl Magallón. *Unfaking news: como combater a desinformação*. Porto: Media XXI: Formalpress, 2019. *E-book*. p. 55.

<sup>93</sup> A respeito, HUYGHE, François-Bernard. *La désinformation*, cit., p. 7. Sobre o avanço da “sociedade de desconfiança”, que atinge até as instituições estabelecidas, cite-se também LIPOVETSKY, Gilles. *Da leveza: rumo a uma civilização sem peso*. Tradução Idalina Lopes. Barueri: Manole, 2016. p. 272-274. Segundo pesquisa conduzida pela BBC World Service Pool, em setembro de 2017, os brasileiros apresentavam 92% de desconfiança sobre a presença de *fake news* na internet (o maior percentual entre os países pesquisados). Cf. CELLAN-JONES, Rory. Fake news worries “are growing” suggests BBC poll. *BBC News*. 22 set. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-41319683>. Acesso em: 26 maio 2020.

<sup>94</sup> WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. *Information disorder: toward an interdisciplinary framework for research and policy making*. Council of Europe Report DGI(2017)09. Strasbourg: Council of Europe, 2017. p. 20-22. Disponível em: <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research/168076277c>. Acesso em: 26 maio 2020. Ressalte-se que a desinformação compreende tanto fatos falsos como interpretação falsa de fatos verdadeiros.

<sup>95</sup> Valendo-se dessa terminologia, IRETON, Cherilyn; POSETTI, Julie. *Jornalismo, fake news & desinformação*, cit., p. 7.

A desinformação, que pode ser constituída tanto de fatos não verdadeiros como de versões manipuladas de certos eventos, por outro lado, não deve ser confundida com opinião. Embora apresente uma perspectiva de mundo que se pretende propagar (ainda que subliminar), não sinaliza tratar-se de julgamento pessoal sobre algo ou de ponto de vista particular sobre algo ou alguém (opinião). Adicionalmente, contém a inobservância da verdade dos fatos ou uma versão que se sabe manipulada. Como a realidade fática independe de opinião, espalhar rumores sobre motivações secretas ou sobre o caráter de alguém pode configurar calúnia, mas não caracteriza desinformação. De forma semelhante, a desinformação não pode atingir fatos futuros e desconhecidos, visto que não se sabe, de antemão, o que acontecerá nem que se está em contradição (entre o pensamento e a comunicação)<sup>96</sup>.

Diante dos seus atributos, como já exposto, essa informação distorcida não repousa apenas sobre fatos inverídicos, mas atinge a crença e a confiança dos indivíduos, uma vez que determina o que parece real ou verossimilhante. Com vistas, frequentemente, a influenciar a configuração política e ideológica de uma época, a desinformação produz o crível e aceitável em certo contexto, ainda que trate de fatos surpreendentes. Para tanto, é necessário ter em conta as preconcepções do público-alvo<sup>97</sup>, bem como as dificuldades de avaliação decorrentes do volume de informações disponíveis<sup>98</sup> e do incremento de consumo por notícias curtas na internet. Neste ponto, devemos retomar a diferença entre dados e informação, e o papel do ser humano em contextualizar os dados, conferindo-lhes significado e transformando-os assim em informação.

Embora se pudesse, em um primeiro momento, seguindo a definição técnica de DAVENPORT e PRUSAK, afirmar que aquele que produz desinformação cria informação, pois capaz de impactar na percepção do destinatário, como se a veracidade não fosse um de

---

<sup>96</sup> Cf. HUYGHE, François-Bernard. *La désinformation*, cit., p. 16-17.

<sup>97</sup> HUYGHE, François-Bernard. *La désinformation*, cit., p. 16.

<sup>98</sup> Segundo WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. *Information disorder*, cit., p. 45: “Filippo Menczer’s most recent research highlights the challenges of our brains to make decisions about credibility when the streams of information are overwhelming. In other words, normal people are too distracted by a deluge of information to find the most accurate stories: ‘There are a hundred more stories you’re not seeing that are much better than those five that you thought were good.’ So, according to this research, irrespective of echo chambers and confirmation bias, people are not sharing verified stories in part because they never see them” (grifo nosso). Em tradução livre: *A pesquisa mais recente de Filippo Menczer destaca os desafios de nossos cérebros para tomar decisões sobre credibilidade quando os fluxos de informações são esmagadores. Em outras palavras, as pessoas normais ficam muito distraídas com um dilúvio de informações para encontrar as histórias mais precisas: “Existem cem histórias a mais que você não está vendo que são muito melhores do que as cinco que você pensou que eram boas”*. Então, de acordo com essa pesquisa, independentemente das câmaras de eco e do viés de confirmação, as pessoas não estão compartilhando histórias verificadas em parte porque nunca as veem.

seus atributos constitutivos, deve-se ter em mente que a informação consiste em dados formatados que acrescem valor à compreensão do sujeito. Dados esses que, como já referido, são fatos objetivos e observações da realidade, e que sofrem, entre outros processos para sua transformação em informação, a correção. Nesse sentido, apenas pela teoria matemática de SHANNON, pautada na comunicação da mensagem sem ruído, independentemente de seu conteúdo, pode-se pensar em desinformação como uma espécie de informação, bem como na existência de dados falaciosos.

Contudo, como já mencionado, a desinformação também pode se pautar em elementos verídicos, dos quais são extraídas afirmações deturpadas e, portanto, destoantes da realidade concreta. Não se pode perder de vista, nesses casos, que ao receptor compete, seguindo a escala de complexidade, combinar a (des)informação a ele dirigida com experiências, habilidades, treinamentos, valores e percepções de especialistas, a fim de tirar conclusões com significado prático. Esse conhecimento, daí resultante, pode refutar aquela informação manipulada ou manter-se distorcido, a depender dos próprios estereótipos do destinatário, na medida em que isso é pré-requisito para que possa crer em fatos incomuns e narrativas surpreendentes que lhe são apresentadas, além de retroalimentar a receptividade a mensagens que reforçam essas compreensões preestabelecidas<sup>99</sup>.

Os fatores psicológicos que predisõem o indivíduo a essa conclusão equivocada – tendência de confirmação do seu pensamento ou cognição protetora da identidade – e as “caixas de ressonância” das mídias sociais em razão dos algoritmos<sup>100</sup> permitirão que a desinformação seja amplificada por meio do compartilhamento em escala industrial pelas ferramentas digitais, embora agora a ação do transmissor seja meramente culposa. Desponta, assim, um paradoxo: embora o excesso de informação, caracterizado por múltiplas versões e documentos abundantes nas mídias digitais, possibilite diversas interpretações, os usuários tendem a escolher aquela que corresponde a suas convicções, limitando-se à sua bolha cognitiva com certo conformismo, o que tende a perpetuar-se, tendo em vista que promove sentimentos de pertencimento e o prazer da confirmação<sup>101</sup>.

Por outro lado, o paradigma do conhecimento, pautado no volume da informação, é alterado diante da incapacidade humana de realizar sua apreensão funcionalizada,

<sup>99</sup> Cf. HUYGHE, François-Bernard. *La désinformation*, cit., p. 16 e 21.

<sup>100</sup> Nesse sentido, ROSA, Raúl Magallón. *Unfaking news*, cit., p. 38-40. No mesmo sentido, WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. *Information disorder*, cit., p. 49-50, ao tratar dos “echo chambers”, acentuam, ademais, a facilidade de dispersar-se uma informação falsa quando, nessa corrente de compartilhamento, o destinatário já a recebe de alguém do seu círculo de confiança.

<sup>101</sup> A respeito, Cf. HUYGHE, François-Bernard. *La désinformation*, cit., p. 21.

deslocando o critério da quantidade para o da qualidade das informações reunidas, ou seja, da densidade significativa da informação. A aldeia global, onde deveria predominar o progresso e a abundância de informação, passa a ser permeada por difamação, rumores, crenças irracionais, conformismo e caça às bruxas. Isso porque o aumento exponencial da informação, diante dos meios digitais de comunicação – sobretudo a internet –, gera, naturalmente, desconfiança quanto à sua credibilidade, exigindo que haja identificação e delimitação das fontes. É um risco perpétuo de engodo, que promove uma sensação cotidiana de incerteza. Há uma democratização da falsidade em um ambiente irreal (virtual), condenando-nos indefinidamente à dúvida<sup>102</sup>, o que se espalha pelo ambiente dos negócios, que, ao contrário, para o bom fluxo das relações econômicas, deve ser pautado na confiança e na segurança jurídica.

### ***2.2.2 Dos impactos sociais e econômicos***

Paralelamente a essa descrença, que atinge a imprensa tradicional – responsável por trazer informação de qualidade –, segue-se uma polarização da sociedade e uma era da política da pós-verdade<sup>103</sup>. Esse processo iniciou-se após a popularização da internet e a ampliação do alcance das mídias sociais, quando a população se deparou com um aumento das fontes disponíveis de captação do Clima de Opinião, que moldam a percepção de realidade do indivíduo, e especialmente uma alteração de sua relevância. Até então, a maior parte da cobertura jornalística da mídia analógica tendia para uma visão de esquerda, o que ditava o tom do Clima de Opinião percebido, inclusive pelos conservadores, que acreditavam, assim, constituírem a minoria da população. Nesse período, ademais, a influência da comunicação pública do cidadão era significativamente baixa na percepção do Clima de Opinião, já que eram consideráveis as limitações individuais para externalizar e propagar sua própria opinião. Predominava, assim, o papel da imprensa tradicional, que mantinha o monopólio da informação<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> HUYGHE, François-Bernard. *La désinformation*, cit., p. 8, 17 e 73-74. Cite-se, a propósito: “Notre société dite de l’information, donc obsédée par la désinformation, accole souvent cette notion à d’autres confondues en une même peur d’être dupes: falsification, trucage, mise en scène, déception, leurre, ruse, tromperie, intoxication, manipulation, rumeur, théorie du complot [...]” (p. 17). Em tradução livre: *Nossa sociedade, dita da informação, porém obcecada pela desinformação, associa, frequentemente, essa noção a outras que se confundem com o mesmo medo de ser enganado: falsificação, fraude, encenação, decepção, engodo, truque, mentira, intoxicação, manipulação, rumor, teoria da conspiração [...]*.

<sup>103</sup> No contexto da pós-verdade, fatos objetivos influenciam menos na formação da opinião pública do que apelos às emoções e crenças. Cf. ROSA, Raúl Magallón. *Unfaking news*, cit., p. 27.

<sup>104</sup> Cf. SCHWEIGER, Wolfgang. *Der (des)informierte Bürger im Netz – Wie soziale Medien die Meinungsbildung verändern*. Wiesbaden: Springer, 2017. p. 131-132.

Ao longo do início do século XXI, observa-se, porém, a popularização das mídias sociais e da “imprensa alternativa”<sup>105</sup>, que foram viabilizadas pela internet – diante da facilidade de qualquer um produzir e divulgar conteúdo e considerando que o ganho financeiro é pautado pelo número de cliques, independentemente da qualidade do conteúdo. Esse comportamento informacional *online* foi acompanhado de três fenômenos: (i) personalização das ofertas de informação sem que o usuário peça ou mesmo saiba, a partir dos algoritmos utilizados pelo Facebook, Twitter ou Google; (ii) granularização do consumo da informação, que não se encontra de forma integrada, apresentando-se descontextualizada, na forma de *posts*; (iii) à medida que a personalização e a granularização acentuam-se, há um fortalecimento da própria visão de mundo do usuário e torna-se cada vez mais difícil aceitar e acreditar em notícias que conflitam com a percepção pessoal, consoante uma tendência psicológica natural<sup>106</sup>.

Esse movimento de exposição seletiva, conjugado com o incremento da comunicação pública do cidadão na internet, inclusive com quem nunca se viu presencialmente, não raro *bots*<sup>107</sup> – o que agrava a falsa percepção da opinião pública e acentua a intolerância –, explica, em grande medida, a crise dos meios de comunicação tradicionais, que, ao contrário, confrontam o leitor com verdades indesejadas. As bolhas de filtro que daí se formam acirram a polarização, inicialmente promovida por fatores como o colapso do Estado de Bem-estar Social e as falhas das instituições democráticas em proporcionar os serviços públicos, pois as ideias pessoais não são mais questionadas em busca de um fundamento comum, o que é indispensável para o fortalecimento da democracia. Como se vê, as mídias sociais são justamente pensadas para aproveitar o viés inato das pessoas, contribuindo para a fragmentação social<sup>108</sup>. Ressalte-se, contudo, que a referida polarização não contribui para

<sup>105</sup> A propósito de mídias alternativas, cite-se ROSA, Raúl Magallón. *Unfaking news*, cit., p. 28, que fala em “uberização da verdade” diante da desprofissionalização do trabalho da informação.

<sup>106</sup> ROSA, Raúl Magallón. *Unfaking news*, cit., p. 81-111. Referindo-se a uma “governabilidade algorítmica”, bem como à substituição da *mass media* por uma mídia individualizada (*self-media*), e destacando a concentração de poder nas plataformas gigantes (americanas), que, no universo do *Big Data*, exploram os traços digitais deixados pelos consumidores, cite-se LIPOVETSKY, Gilles. *Da leveza*, cit., p. 132-133.

<sup>107</sup> Programas de computador que simulam a atividade humana na rede de computadores, espalhando certas opiniões e manifestações. Segundo HUYGHE, François-Bernard. *La désinformation*, cit., p. 21, a confiança no próximo e no cidadão jornalista substitui o respeito à fonte oficial e a aceitação da mídia clássica.

<sup>108</sup> Nesse sentido, WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. *Information disorder*, cit., p. 14 e 50. A propósito, cite-se decisão do Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG E 27, 71, 81 f.): “Das Grundrecht auf Informationsfreiheit ist wie das Grundrecht auf Meinungsfreiheit eine der wichtigsten Voraussetzungen der freiheitlichen Demokratie. Erst mit seiner Hilfe wird der Bürger in den Stand gesetzt, sich die notwendigen Voraussetzungen zur Ausübung seiner persönlichen und politischen Aufgaben zu verschaffen, um die demokratischen Sinne verantwortlich handeln zu können”. Em tradução livre: *O direito fundamental da liberdade informacional é, como o direito fundamental da liberdade de opinião, um dos pressupostos mais importantes da democracia livre. Apenas com sua ajuda o cidadão é colocado*

um ambiente seguro e para comportamentos de cooperação e lealdade, o que se revela desfavorável à fluência do comércio.

Diante do incremento do uso da desinformação, em escalada que não afronta apenas a honra pessoal, mas também as instituições democráticas e a saúde coletiva<sup>109</sup>, foram apresentados os Projetos de Lei n. 1.429/2020 e 2.630/2020<sup>110</sup>, a fim de definir a responsabilidade dos provedores de aplicação, não só para o aumento da transparência na internet como, especialmente, para combater a desinformação, fixando inclusive sanções civis e administrativas pelo descumprimento. Não se trata, assim, da criminalização da desinformação, na medida em que não se tipifica a conduta dos produtores de conteúdo ou dos usuários das redes sociais diante das dificuldades de sancionar tal comportamento sem incorrer em afronta à liberdade de expressão<sup>111</sup>. As mídias sociais podem produzir tanto sinergias negativas – multiplicação de ataques políticos e informacionais – como positivas – reforçando a coesão da comunidade e permitindo a organização dos cidadãos –, sendo tarefa não só do Poder Público como também dos agentes privados promover os benefícios de todos estarem conectados.

Conquanto haja vozes no sentido de que os provedores de aplicação não podem transformar-se em censores privados, o que se observa, segundo esse modelo legislativo, é que esses atores sociais detêm as melhores condições, inclusive as ferramentas, para a

---

*na posição de adquirir os pressupostos necessários para o exercício de suas tarefas pessoais e políticas, a fim de ser capaz de agir, no sentido democrático, com responsabilidade.*

<sup>109</sup> Sobre os efeitos deletérios da desinformação durante a pandemia do Coronavírus: VEIGA, Edison. *Fake news* atrapalham médicos em meio à pandemia. *DW*. 26 maio 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/fake-news-atrapalham-m%C3%A9dicos-em-meio-%C3%A0-pandemia/a-53575486>. Acesso em: 28 maio 2020.

<sup>110</sup> O primeiro foi retirado, enquanto o segundo encontra-se em tramitação, como se extrai de <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2242713> e de <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2256735>. Acesso em: 21 nov. 2021. Recentemente, o Congresso Nacional tentou inserir o art. 359-O no Código Penal, por meio da Lei nº 14.197/21, com a seguinte redação: “Promover ou financiar, pessoalmente ou por interposta pessoa, mediante uso de expediente não fornecido diretamente pelo provedor de aplicação de mensagem privada, campanha ou iniciativa para disseminar fatos que sabe inverídicos, e que sejam capazes de comprometer a higidez do processo eleitoral: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa”. O dispositivo foi, porém, vetado pelo Presidente da República.

<sup>111</sup> Cf. WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. *Information disorder*, cit., p. 79. Acrescente-se ainda a dificuldade de provar a desinformação “pura”, uma vez que, segundo HUYGHE, François-Bernard. *La désinformation*, cit., p. 20, é preciso: (i) que ela seja incontestável; (ii) que ela se refira a um evento definido, e não somente a falsos raciocínios, promessas ou projeções insustentáveis, ainda que normalmente venha acompanhada por tais referências; (iii) que haja um projeto estratégico a reboque. Deve ser mencionado, a propósito, que, no denominado inquérito das *fake news* (Inq 4.781/DF – Relator Ministro Alexandre de Moraes), que tramita no Supremo Tribunal Federal, os investigados, que, supostamente propagam desinformação na internet, estariam incorrendo, consoante o entendimento do Ministro Relator, em crimes contra a honra (arts. 138, 139, 140 do Código Penal) e em crimes previstos na Lei de Segurança Nacional (arts. 18, 22, 23 e 26 da Lei n. 7.170/83), recentemente revogada pela Lei n. 14.197/2021, além de associação criminosa.

checagem das informações que circulam em suas aplicações de internet com a independência<sup>112</sup> e rapidez necessárias a tanto. Nesse sentido, à semelhança da imprensa tradicional, as plataformas digitais exerceriam um papel proativo em identificar a desinformação, rotulando *bots* e conteúdos pagos, e podendo valer-se da adaptação dos próprios algoritmos para combater a desinformação<sup>113</sup>.

Diante dos desafios da pós-modernidade, como aqueles ínsitos à desinformação propagada pelos meios digitais, torna-se nítida a necessidade de precauções para a utilização da “informação” disponível na internet, de modo que esse material possa contribuir para construir o conhecimento e não para acentuar preconceitos e discursos de ódio. Como na hipótese de abundância de informação, é preciso uma filtragem para que seja, de fato, útil na tomada de decisão. Essas dificuldades são também notadas no ambiente empresarial, uma vez que as empresas se deparam com um volume de dados e informações nunca antes visto, sobre os quais paira a desconfiança quanto a serem fidedignos, o que eleva os custos de transação ou exige a assunção de riscos não contabilizados, mas que poderiam ser conhecidos. Em que medida tais aspectos devem ser sopesados na definição dos deveres de informar, independentemente da fase contratual, será objeto deste estudo na Parte II.

Ainda a respeito do que configura o conteúdo do dever de informar, cabe agora, a partir das balizas gerais até aqui delineadas, sobre aspectos semânticos do nosso objeto de estudo, bem como do contexto sociopolítico-econômico em que inserido, ingressar no terreno propriamente jurídico, definindo e distinguindo as diferentes nuances que podem ser encontradas: esclarecimentos, conselhos, recomendações, entre outras figuras.

---

<sup>112</sup> O Facebook anunciou, em 2020, a criação de uma instância independente, composta por 20 membros de diferentes origens, para decidir sobre publicações que afetem a liberdade de expressão e os direitos humanos, moderando os conteúdos mais polêmicos. Conforme BENRATH, Bastian. Wenn es denn wirkt. *Frankfurter Allgemeiner*. 7 maio 2020. Disponível em: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/digitec/kommentar-zum-facebook-aufsichtsgremium-wenn-es-denn-wirkt-16758656.html>. Acesso em: 2 jun. 2020.

<sup>113</sup> Essa previsão legislativa coaduna-se com as recomendações do relatório do Conselho Europeu de 2017 – WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. *Information disorder*, cit., p. 80. Observa-se que a proposta de definição de desinformação, contida na redação original do Projeto de n. 2.630/2020, não mais prevista, coadunava-se com o aqui defendido: “Art. 4º [...] II – desinformação: conteúdo, em parte ou no todo, inequivocamente falso ou enganoso, *passível de verificação*, colocado fora de contexto, manipulado ou forjado, *com potencial de causar danos* individuais ou coletivos, *ressalvado o ânimo humorístico ou de paródia*” (grifos nossos).

### 2.3 Aspectos jurídicos e distinção quanto a figuras semelhantes

Embora a informação, enquanto objeto de deveres e obrigações, possa ser tida como a comunicação de determinados dados ou factos<sup>114</sup>, é importante não perder de vista que os dados, como já explanado, não têm qualquer significado antes de serem contextualizados por um ser humano, ainda que por meio da programação de computadores. Sendo assim, a informação que será transmitida em virtude de uma relação jurídica pode ser compreendida como a cientificação de uma situação de fato que, embora dependa da interpretação do emissor, inerente ao processo cognitivo subjacente, idealmente, não visa influenciar o destinatário na tomada de decisão, contendo, assim, uma mensagem objetiva. A ausência de direcionamento de uma conduta a seguir, visto que limitada à revelação de aspectos da realidade, não prejudica a qualidade desses dados formatados de acrescer valor à compreensão do receptor e, portanto, tornar decisões mais fáceis.

Por essa qualidade objetiva, a informação diferencia-se dos conselhos e recomendações, ainda que não seja possível uma classificação substancialmente cerrada ou sistemática. Consoante as definições propostas por JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, o conselho compreende a exposição de fatos (explicação) acrescida de uma indicação ao destinatário sobre como agir ou deixar de agir, a partir de um juízo de valor do próprio emitente da mensagem sobre o que seria mais vantajoso ao outro. A recomendação, por seu turno, enquanto subespécie do conselho, seria apenas uma exortação com menor intensidade<sup>115</sup>. É interessante notar que, por essas diferenciações, o dever de conselho e o de recomendação não se atêm apenas a condições específicas do negócio, porque envolvem a apresentação de alternativas de conduta, de molde que podem culminar com a obrigatoriedade de o devedor (da informação) agir contra seus próprios interesses, no sentido de desestimular a contraparte a realizar o negócio ou vir a realizá-lo em condições que menos lhe aproveitem<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> MOREIRA DA SILVA, Eva Sónia. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2006. p. 67.

<sup>115</sup> SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 14-15. Essa distinção é particularmente relevante no direito português, visto que prevista no art. 485 do Código Civil, como se segue: “1. Os simples conselhos, recomendações ou informações não responsabilizam quem os dá, ainda que haja negligência da sua parte. 2. A obrigação de indemnizar existe, porém, quando se tenha assumido a responsabilidade pelos danos, quando havia o dever jurídico de dar o conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar, ou quando o procedimento do agente constitua facto punível”.

<sup>116</sup> Cf. POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 199. Nesse sentido, e considerando as balizas que orientam o sistema econômico vigente, uma tal obrigação só deve ser excepcionalmente fixada na ponderação com valores que, de outro modo,

Observa-se aqui uma diferença de classificação quanto àquela proposta por MURIEL FABRE-MAGNAN, que, ao lado dos deveres de aconselhar e informar, coloca o dever de advertir (*mise en garde*), definido como um conselho negativo, ao qual se associam explicações sobre os perigos ou consequências indesejadas pela não observância da orientação apresentada. Por essa perspectiva, portanto, a advertência é uma exortação mais intensa que o conselho. Não obstante, a jurista considera que a obrigação de aconselhar é mais onerosa para o devedor, pois lhe exige diligências particulares, obrigando-o a apresentar recomendações mais detalhadas e precisas de como evitar ou, pelo menos, reparar as consequências danosas dos riscos envolvidos. Frise-se, contudo, que, em todos os casos, também naquele mencionado de recomendação, há liberdade do destinatário para escolher entre segui-los ou não, inclusive porque sofrerá as consequências de sua decisão<sup>117</sup>.

Deve-se pontuar, ainda, uma variação terminológica, presente no direito francês, mas sem ressonância no direito brasileiro: *obligation d'information* e *obligation de renseignement*. Assim como as duas palavras apresentam a mesma tradução para o português – “informação”<sup>118</sup> –, CORNU reconhece que a *obligation d'information*, vista de um modo geral, é tida como sinônimo da *obligation de renseignement*. Ao definir *renseignement*, por seu turno, refere-se, igualmente, à informação e, por extensão, à ação de pesquisar (investigação) ou de comunicar a informação. Não obstante, são ainda apontadas distinções, quando se coloca a *obligation d'information* como dever imposto pela lei a certos vendedores profissionais e sociedades, enquanto *obligation de renseignement* seria um dever implícito, reconhecido pela jurisprudência, de que a parte melhor informada, em alguns

---

não serão resguardados no caso concreto (como a proteção do consumidor). Ressaltando a necessária ponderação entre boa-fé objetiva e autonomia privada, em atenção à vitalidade do comércio jurídico, cite-se FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. *Civilistica.com*, v. 1, n. 2, 2012. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/41/27>. Acesso em: 25 nov. 2021. “Dessa forma, via de regra, há de se negar que o dever de conselho recaia sobre o próprio juízo de conveniência e oportunidade do contrato, o qual cabe a cada um avaliar ainda que embasado em informações fornecidas pela contraparte, até porque o direito privado geral possui mecanismos, dentre os quais a própria responsabilidade pré-contratual, para proteger a decisão informada do contratante”. Corroborando tal compreensão, PRATA, Ana. *Responsabilidade pré-contratual: uma perspectiva comparada dos direitos brasileiro e português*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 131-134.

<sup>117</sup> FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats: essai d'une théorie*. Paris: LGDJ, 2014. p. 9 e 390-392. Como exemplo de partes com obrigação de aconselhar, a jurista aponta os advogados que redigem atos (atividade consultiva), e que devem chamar a atenção aos riscos assumidos por seu cliente, ainda que não se vinculem a um resultado, como amplamente reconhecido pela Corte de Cassação francesa. Conquanto a obrigação de pesquisar a melhor informação disponível para determinar um bom conselho seja de meio, a obrigação de transmitir essa informação mantém-se como de resultado, uma vez que o devedor pode ser responsabilizado pela ausência de conselho (p. 404-405).

<sup>118</sup> O significado de *renseignement*, segundo o dicionário *Le petit Larousse illustré*. 1999. p. 878, é “1. Indication, information, éclaircissement donnés sur qqn, qqch. [...]”. Tradução livre: 1. *Indicação, informação, esclarecimento dado sobre alguém, alguma coisa*. Observa-se, portanto, que, em língua portuguesa, a melhor tradução seria, a princípio, informação.

contratos, deveria comunicar à outra as informações que detém relativamente ao objeto do contrato<sup>119</sup>. FABRE-MAGNAN critica essa diferenciação por reputá-la inútil e arbitrária, parecendo-lhe mais apropriado tomar o termo *information*, que seria um termo geral, também usado pela economia, e que refletiria o caráter espontâneo de sua transmissão, ao contrário da pressuposição de solicitação no caso de *renseignement*<sup>120</sup>.

É no direito alemão, porém, que o dever de informação apresenta as mais variadas vestes terminológicas, ainda que apenas, esporadicamente, diferenciadas uma das outras. Fala-se, assim, em *Auskunftspflichten* e em *Informationspflichten* (que contêm duas palavras distintas com igual tradução para o português – deveres de informação), e ainda em *Aufklärungspflichten* (deveres de esclarecimento), *Hinweispflichten* (deveres de instrução), *Anzeigepflichten* (deveres de notificação), *Offenbarungspflichten* (deveres de divulgação), *Warnpflichten* (deveres de advertência) e *Mitteilungspflichten* (deveres de comunicação)<sup>121</sup>. Essas subcategorias não merecem maior atenção, seja porque não se logrou demonstrar variações de conteúdo de fato significativas, seja porque não repercutem em questões relevantes como os requisitos dos deveres de informação pré-contratuais e, em particular, as consequências legais de sua violação<sup>122</sup>.

Não obstante, doutrina abalizada<sup>123</sup> reconhece a denominação genérica deveres de informação (*Informationspflichten*), da qual é possível desdobrar, de um lado, o dever lateral,

<sup>119</sup> CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1987. p. 417-418 e 684. A própria definição, por ele proposta, de *information* remete a *renseignement*: “2. Le renseignement possède et l’action de le communiquer à autrui (à une personne déterminée ou au public)”. Tradução livre: 2. A informação possuída e a ação de comunicá-la a outrem (uma pessoa determinada ou ao público). Do mesmo modo, ao definir *renseignement*: “1. L’information (l’avis, l’avertissement); par ext., l’action de rechercher (enquête) ou de communiquer l’information, ou encore le service chargé d’informer le public (bureau de renseignements) ou d’assurer la recherche (renseignements généraux)”. Tradução livre: 1. A informação (o aviso, a advertência); por extensão, a ação de pesquisar (investigação) ou de comunicar a informação, ou ainda o serviço encarregado de informar o público (escritório de informações) ou de garantir a pesquisa (informações gerais).

<sup>120</sup> FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l’obligation d’information dans les contrats*, cit., p. 7-8.

<sup>121</sup> Cf. STAUDINGER; OLZEN, Dirk; LOOSCHELDERS, Dirk; SCHIEMANN, Gottfried. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen/ [Kommentatoren § 241 Dirk Olzen.]*. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse § 241. Neubearbeitung. Berlin: Sellier de Gruyter, 2019. Online version. Rn. 437-438. Reputando ser um fenômeno da criatividade linguística, sem consequências jurídicas significativas: BREIDENBACH, Stephan. *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*. München: Beck, 1989. p. 4.

<sup>122</sup> GRIGOLEIT, Hans Christoph. Vorvertragliche Informationshaftung – Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken. *Münchener Universitätschriften*. Band 128. München: C. H. Beck, 1997. p. 4-5. O jurista alemão aponta duas subdivisões de deveres informacionais (*Informationspflichten*): de um lado, *Wahrheitspflicht* (dever de verdade), caracterizada por uma obrigação de não fazer: não transmitir informações incorretas, e, de outro, *Aufklärungspflicht* (dever de esclarecimento), que representa uma obrigação de fazer: fornecer informações relevantes (p. 4).

<sup>123</sup> BACHMANN, Gregor. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Band 2. Allgemeiner Teil. 8. Auflage. München: C. H. Beck, 2019. Online version. § 241, Rn. 121 e 125. Também: LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*. 17. Auflage. München: C. H. Beck, 2019. p. 62

independente de solicitação, de informar as circunstâncias reconhecidas como relevantes para a tomada de decisão, extraído, desde a Reforma de Modernização do Direito Obrigacional, do § 241, Abs. 2, do *Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB (Código Civil alemão), denominado *Aufklärungspflicht* (literalmente dever de esclarecimento); de outro, o dever de informar (*Auskunftspflicht*), que visa em regra a uma informação específica, na maioria das vezes como parte de um dever de prestar contas, sendo frequentemente fixado em lei, por exemplo, nos §§ 402, 666, 675, 1605 e 2057 do BGB. Acrescente-se que, de forma majoritária<sup>124</sup>, compreende-se que tanto os deveres de esclarecimento como os deveres de informação (*Auskunftspflichten*) podem derivar da cláusula geral da boa-fé objetiva (§ 242 do BGB).

Frise-se, porém, que BACHMANN também admite que *Auskunftspflichten* derivem do § 241, Abs. 2, do BGB, e sejam, portanto, deveres laterais autônomos (*selbständige Nebenpflicht*), o que é objeto de acentuada controvérsia<sup>125</sup>. Ainda que com essa compreensão minoritária, o jurista defende que, em regra, a diferença reside na sua exigibilidade em juízo (*Klagbarkeit*) em contraposição aos *Aufklärungspflichten*, cuja violação faz surgir apenas a pretensão à indenização por perdas e danos<sup>126</sup>.

Outros aspectos apontados como capazes de diferenciar os mencionados deveres de esclarecer e deveres de informar são o caráter retrospectivo dos primeiros

---

e 113. No mesmo sentido, STAUDINGER; OLZEN, Dirk; LOOSCHELDERS, Dirk; SCHIEMANN, Gottfried. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 439.

<sup>124</sup> Cf. BREIDENBACH, Stephan. *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, cit., p. 2, e LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., p. 6-7 e 113.

<sup>125</sup> BACHMANN, Gregor. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 125. Ressalte-se ainda que, em sentido contrário à doutrina majoritária, como o próprio jurista reconhece, ele admite que *Aufklärungspflichten* podem ser previstas contratualmente, para além do disposto no § 241, Abs. 2, do BGB (Rn. 121). Em sentido diverso, entendendo que não há *Aufklärungspflichten* previstas contratualmente, e afirmando, peremptoriamente, que *Auskunftspflichten* serão sempre enquadradas no § 241, Abs. 1, do BGB (que diz respeito a deveres de prestação), e, portanto, ou bem caracterizam *Hauptleistungspflichten* ou *Nebenleistungspflichten*, STAUDINGER; OLZEN, Dirk; LOOSCHELDERS, Dirk; SCHIEMANN, Gottfried. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 439-440. Também inserindo *Auskunftspflichten* entre deveres de prestação (*Leistungspflichten*), LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., p. 113.

<sup>126</sup> BACHMANN, Gregor. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 241, Rn 67 esbarra aqui em outro ponto polêmico. Se, de um lado, a doutrina alemã, de forma amplamente majoritária, admite que a exigibilidade (*Klagbarkeit*) é um aspecto que permite diferenciar *Aufklärungspflichten* de *Auskunftspflichten* (cite-se novamente STAUDINGER; OLZEN, Dirk; LOOSCHELDERS, Dirk; SCHIEMANN, Gottfried. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 439), de outro, não admite, em sua grande maioria, que os deveres laterais (*Nebenpflichten*) sejam exigidos como tais perante os Tribunais (*klagbar*), mas apenas a respectiva indenização pelos prejuízos sofridos com seu inadimplemento. Provavelmente essa é a razão da ressalva “em regra”. Defendendo que os deveres de esclarecimento não são exigíveis, cite-se SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., p. 359 n. 65. Acrescente-se que BACHMANN, Gregor. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Rn 66, de forma minoritária, entende que a exigibilidade (*klagbarkeit*) dos deveres acessórios (*Nebenpflichten*) depende da hipótese concreta.

(*Aufklärungspflichten*), na medida em que constituem obrigação<sup>127</sup> de fornecer informações que poderiam ter auxiliado o credor (da informação) em suas escolhas, mas às quais, mesmo que de outro modo, ele não teve acesso, o que não se observa quanto aos deveres de informar (*Auskunftspflichten*). Os deveres de esclarecimento, quando violados, caracterizam-se por acarretar não apenas a ocultação da informação pertinente e útil na tomada de decisão como também o próprio direito de o beneficiário ser comunicado de tais circunstâncias. Por essa razão, o interessado apenas fica ciente da violação do seu direito de ser informado quando já se verificou o prejuízo, do que se conclui que tais deveres devem ser cumpridos espontaneamente (terceiro aspecto diferenciador), vale dizer, sem que seja previamente solicitado ou exigido<sup>128</sup>.

Conquanto se pudesse vislumbrar uma semelhança com a divisão proposta por CORNU, no direito francês, sendo a *obligation de renseignement* semelhante a *Aufklärungspflichten*, por ser um dever implícito da parte melhor informada, reconhecido pela jurisprudência, e *obligation d'information* próxima da *Auskunftspflichten*, por ser um dever imposto por lei a vendedores e sociedades profissionais, não há maiores elementos que permitam chegar a tal conclusão, nem sequer a partir do aspecto linguístico<sup>129</sup>. Ao

<sup>127</sup> Frise-se que, por questões linguísticas e de estilo, tomaremos, quando não ressalvado em sentido contrário, a palavra “obrigação” em seu sentido *lato*, como dever de diversos matizes, no nosso caso sempre jurídico, e não como *obligatio*, vínculo jurídico que liga uma pessoa a outra em torno do cumprimento de uma prestação. A esse respeito, cite-se PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. 3. ed. 2. reimpr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. XXII: Direito das obrigações: obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações. p. 13, segundo o qual “Os três sentidos de ‘obrigação’ continuaram na terminologia jurídica, a despeito de se haverem precisado os conceitos de dever (dívida) e de obrigação e de se terem apontado as obrigações que estão fora do direito das obrigações. Além disso, há a relação jurídica de obrigação (relação jurídica obrigacional), com a irradiação de direitos acessórios do crédito, direitos formativos, direitos de resolução e de resilição. Na exposição científica do direito não podemos deixar que a terminologia perturbe o sistema jurídico, ou a visão dele”.

<sup>128</sup> Conforme POHLMANN, André. *Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten – Ein Beitrag zur culpa in contrahendo und zur positiven Forderungsverletzung unter Berücksichtigung der Schuldrechtsreform*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002. p. 29-31. No mesmo sentido. STAUDINGER; OLZEN, Dirk; LOOSCHELDERS, Dirk; SCHIEMANN, Gottfried. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 439, e TAUBERT, Claudius. *Informationspflichten als Geschäftsbersorgungspflichten – Unter besonderer Berücksichtigung der Anlageberatung und Anlagevermittlung*. Köln: RWS, 2009. p. 17-19, e que aponta como diferença, na mesma linha, que deveres de esclarecimento prestam-se a aliviar a responsabilidade de se autoinformar, ao passo que os deveres de informação não (*Auskunftspflichten*). Também BREIDENBACH, Stephan. *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, cit., p. 2-3. Embora ele apresente a divisão “*vorvertraglichen Informationspflichten*” (deveres de informação pré-contratuais) e “*Auskunftspflichten*”, observa-se que reconhece que apenas estes últimos são exigíveis em juízo, enquanto prestações de fazer, e que aqueles primeiros devem ser prestados de forma espontânea. Ressalva o caráter retrospectivo dos deveres de esclarecimento, uma vez que o fato de ser observado o descumprimento apenas *ex post* não altera sua existência *ex ante*, razão pela qual é capaz de influenciar comportamentos futuros.

<sup>129</sup> Conforme WEIS, Erich; MATTUTAT, Heinrich. *Dicionário Pons – Französisch-Deutsch Teil 1*. [Neubearb. Christian Nugue]. 2. Auflage. Darmstadt: May & Co. Nachf., 1989. p. 863, o termo francês “*renseignement*” corresponde a “*Auskunft*”, embora na linguagem militar, também “*Aufklärung*”. Em

contrário, *Auskunftspflichten* são mais bem traduzidas como *obligation de renseignement*, quando abarcam deveres de informação sobre o resultado de uma gestão, sobre bens, fatos ou situações de fato, ao passo que *Aufklärungspflichten* (que podem ser compreendidas como *obligation d'éclaircissement*) designam, em geral, os deveres de fornecer informações a uma pessoa que podem lhe permitir não agir em desconformidade com seus interesses<sup>130</sup>.

Não obstante as controvérsias, observa-se também, no direito alemão, assim como no francês, a adoção de uma classificação que diferencia os deveres de esclarecimento (*Aufklärungspflichten*) dos deveres de aconselhamento (*Beratungspflichten*). Os deveres de esclarecimento seriam caracterizados por obrigações de indicar circunstâncias concretas, que são desencadeadas por situação específica, abrangendo, assim, os deveres de instrução, de notificação, de divulgação e de comunicação anteriormente apontados. Já os deveres de aconselhamento significariam um dever de informação mais amplo e o auxílio à tomada de decisão, que independem de fatores de gatilho especiais<sup>131</sup>. POHLMANN, contudo, defende que uma diferenciação pautada na objetividade dos deveres de esclarecimento (*Aufklärungspflichten*) em contraposição com o atendimento de necessidades específicas dos deveres de aconselhamento (*Beratungspflichten*) não se revela adequada<sup>132</sup>.

Sobre a repercussão dessas subcategorias e a terminologia utilizada pelo direito português, verifica-se que MENEZES CORDEIRO, conquanto se valha amplamente em sua obra de fontes alemãs, não faz a mesma distinção entre deveres de esclarecimento e deveres de informação. Refere-se sempre a deveres de esclarecimento, quando trata dos grupos de casos da *culpa in contrahendo* criados pela jurisprudência alemã, bem como sempre que elenca os deveres acessórios decorrentes da boa-fé objetiva, a partir da criação dos Tribunais alemães. Vale-se, porém, de deveres de informação, inclusive acessórios, quando aborda a

---

sentido diverso, apresentando “*obligation de renseignement*” tanto como “*Aufklärungspflicht*”, “*Informationspflicht*” quanto “*Auskunftsverpflichtung*”, cite-se DOUCET, Michel; FLECK, Klaus E. W. *Dictionnaire juridique et économique*. 6. éd. Manz: C. H. Beck, 2009. v. 1. p. 688.

<sup>130</sup> Nesse sentido, HERZFELDER, François. L’obligation de renseigner et de rendre des comptes: étude comparative. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 24, n. 3, Juillet-Septembre 1972. p. 564.

<sup>131</sup> Cf. STAUDINGER; OLZEN, Dirk; LOOSCHELDERS, Dirk; SCHIEMANN, Gottfried. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., Rn. 437. No mesmo sentido, LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., p. 62, apresenta, no tocante aos deveres de proteção pré-contratuais (*vorvertragliche Schutzpflichten*), a mesma subdivisão entre deveres de esclarecimentos (*Aufklärungspflichten*) e deveres de aconselhamento (*Beratungspflichten*). Também, TAUBERT, Claudius. *Informationspflichten als Geschäftsbersorgungspflichten*, cit., p. 19-22.

<sup>132</sup> POHLMANN, André. *Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten*, cit., p. 35. BACHMANN, Gregor. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 241, Rn. 124, por seu turno, embora reconheça os deveres de aconselhamento (*Beratungspflichten*), especialmente no direito bancário (do consumidor), enquanto aqueles que possuem um objetivo mais voltado para o resultado da decisão e sendo tais conselhos, frequentemente, mais valiosos que a informação, considera que, na prática, ambas as categorias – deveres de esclarecimento e de aconselhamento – apresentam um conceito uniforme.

legislação e a jurisprudência portuguesas, sem apontar qualquer distinção terminológica<sup>133</sup>. Na mesma esteira, MOREIRA DA SILVA opta por uma abordagem que considera os conceitos como sinônimos<sup>134</sup>.

Feitas todas essas digressões sobre o objeto do dever de informar, impõe-se delimitar que o presente estudo não se presta a tratar de conselhos ou recomendações, ou de deveres de advertência, ainda que se possa mencioná-los tangencialmente<sup>135</sup>. Isso porque as relações jurídicas que se pretende, prioritariamente, aqui abordar são aquelas entre partes em igualdade de condições, o que compreende inclusive relações empresariais, nas quais os deveres de informar, regra geral, não abarcam uma espécie de tutela dos benefícios contratuais da contraparte. Ainda que o dever de informar promova sempre a proteção da esfera jurídica do outro contratante, uma vez que proporciona maiores elementos para sua tomada de decisão, essa consequência é secundária, sendo sua finalidade precípua viabilizar um melhor fluxo do tráfego e das transações comerciais, o que constitui um interesse social difuso.

Contudo, uma vez que ambos podem ser deduzidos da boa-fé objetiva, deve-se investigar se a subdivisão entre deveres de esclarecimento (*Aufklärungspflichten*) e deveres de informação estrito senso (*Auskunftspflichten*) pode ser transposta para o direito brasileiro, de molde a facilitar a compreensão do tema e suas repercussões. Diante da grande controvérsia, o mesmo não se releva oportuno, por outro lado, em relação à distinção *obligation d'information* e *obligation de renseignement*.

Desse modo, a informação a ser transmitida deve ser tomada como um conjunto de dados organizados, o que lhes confere significado, mas ainda sem atingir o estágio mais complexo do conhecimento, que é o produto da informação aplicada a um problema ou atividade atual, a partir da síntese de múltiplas fontes de informação combinadas com experiências, habilidades, valores e percepções. Vale dizer, o dever de informar, à míngua

---

<sup>133</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*. 4. reimpr. Coimbra: Almedina, 2011 – respectivamente, p. 549-551 e 605-606 (deveres de esclarecimento) e p. 583, 615, 640-641, 645-651, 1228-1229 e 1253 (deveres de informação).

<sup>134</sup> MOREIRA DA SILVA, Eva Sónia. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, cit., p. 69-70.

<sup>135</sup> Ressalte-se ainda que essa distinção entre informação e as outras figuras não deve ser tomada de forma estanque, havendo inúmeros graus intermediários, de maneira que a informação, em alguns casos, pode já indicar o que deve ser feito (hipótese em que caracteriza também conselho). Cf. FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats*, cit., p. 9. A solução, contudo, de conferir a todos eles o mesmo tratamento jurídico não se mostra adequada, na medida em que não encontra respaldo no ordenamento jurídico, vale dizer, não se prescinde, na definição da medida de informação exigida (conselho, recomendação e advertência), da análise da relação jurídica subjacente e das normas que lhe são especificamente aplicáveis.

de previsão específica ou de outro aspecto decorrente das relações anteriormente entabuladas ou da boa-fé objetiva, corresponde a um dever de revelar a informação bruta<sup>136-137</sup>. Ao mesmo tempo, a objetividade da informação fornecida não impede, ao contrário, serve justamente a tal propósito, de disponibilizar maiores elementos (dados contextualizados), geralmente apenas à disposição do devedor da informação, para que o credor possa tomar uma decisão fundamentada.

Ressalte-se, assim, que, embora deva estar ausente, na esfera daquele que informa, a intenção de manipular a decisão daquele que é informado, ainda que seja sempre a sua representação da realidade, não se pode perder de vista que a informação – e o dever de revelá-la – presta-se, justamente, a viabilizar uma tomada de decisão mais consciente por aquele, que terá, então, melhores condições de avaliar as circunstâncias de sua escolha. Não há, portanto, um direito subjetivo de mera satisfação da curiosidade<sup>138</sup>, mas o dever de informar visa à promoção de um consentimento hígido, corolário da autonomia privada. Essa objetividade independente do caso concreto objeto do contrato, que deve nortear a informação devida nas relações paritárias, não se estende, pelos aspectos já apresentados, a contratos enquadráveis em zonas protetivas próprias, como aqueles de consumo<sup>139</sup>, sendo oportuno diferenciar essas situações de um dever geral – daqueles que têm maior facilidade e menor custo de acesso à informação – de fornecê-la à contraparte, como será melhor desenvolvido ao longo deste estudo.

Definidas essas balizas preliminares do nosso estudo, supõe-se ainda relevante e útil fazer uma incursão em aspectos econômicos que orientam os agentes em suas decisões e na escolha da roupagem jurídica de suas transações, antes de adentrar no cerne do trabalho, qual seja, responder à pergunta sobre a extensão e a abrangência dos deveres informacionais,

---

<sup>136</sup> FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats*, cit., p. 8. SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., p. 384-385, diferencia, nessa esteira, um “contrato de informação”, que tem por objeto a prestação da informação no estado bruto, de um “contrato de conselho”, que, assemelhado a um contrato de prestação de serviços, prevê a disponibilização de uma informação já trabalhada por pessoa competente, destinada a orientar uma decisão.

<sup>137</sup> Ressalte-se que, embora se possa pensar, em um primeiro momento, que a revelação de mais informação do que a devida, no sentido também de abranger as conclusões dela decorrentes (aspectos subjetivos que podem caracterizar mera opinião), represente uma atitude graciosa e benevolente do devedor, que deveria ser incentivada, na verdade, pode levar a uma decisão equivocada do credor da informação, o que não exclui a responsabilidade daquele pelos prejuízos a que tiver dado causa, fora dos limites da obrigação a ele imposta.

<sup>138</sup> A esse respeito, FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 79.

<sup>139</sup> Cite-se, a propósito, o art. 46 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual: “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

sobretudo pré-contratuais, delineando a fronteira entre manifestações obrigatórias e silêncio permitido. Nessa seara da análise econômica do direito, deve-se voltar os olhos para sua abordagem mais moderna, que melhor explica e prevê os comportamentos humanos – a Economia Comportamental.

## PARTE II – DO DEVER DE INFORMAR

### CAPÍTULO 3 – Dos impactos da assimetria informacional na formação dos contratos

#### 3.1 Análise econômica da assimetria informacional

O reconhecimento da racionalidade humana limitada que mitiga a teoria econômica clássica, baseada sobremaneira em uma análise de custo-benefício, impacta nos modelos jurídicos de equalização de discrepâncias indesejáveis, como as derivadas da assimetria da informação. Observa-se que as pessoas não agem da maneira mais eficiente; ao contrário, sistematicamente, cometem equívocos em razão da percepção enviesada da realidade, além de existirem atalhos cerebrais para facilitar a tomada de decisão, ainda que em prejuízo do resultado ótimo<sup>140</sup>.

A assimetria da informação, considerada uma das falhas de mercado que levam à alocação ineficiente dos recursos, consiste no desequilíbrio informacional entre os contratantes, de sorte que apenas um deles não conta com as informações necessárias para o pleno entendimento da transação. Os economistas apontam duas situações que levam a esse fenômeno: (i) risco moral, que caracteriza situações em que o comportamento de um dos agentes, envolvidos em uma relação econômica, não pode ser verificado pela parte adversa, ainda que isso fosse determinante para a realização de um negócio eficiente; (ii) seleção adversa, nos casos em que variações de qualidade têm impacto direto sobre o preço fixado, que podem ser facilmente verificadas por uma das partes, mas não pela outra<sup>141</sup>.

Aspectos da psicologia, como vieses cognitivos que influenciam a forma como as pessoas tomam decisões, que foram apropriados pela Economia, pela corrente comportamental, podem contribuir também para as Ciências Jurídicas, subsidiando a escolha das melhores ferramentas para a consecução dos fins visados pela ordem jurídica. O que compreende, inclusive, a proteção de pessoas que podem ter seus vieses explorados contra seus interesses, como costuma ocorrer com os consumidores<sup>142</sup>.

<sup>140</sup> Nesse sentido, PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2020. p. 61-62.

<sup>141</sup> Igualmente, PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*, cit., p. 75-77.

<sup>142</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020. Versão online. p. 208, ressalta que não apenas a desigualdade de poder econômico, mas também “as

A apreensão da informação “completa”, por seu turno, para uma decisão ótima, envolve, não raro, custos maiores que o correspondente benefício de sua obtenção, inclusive diante das limitações humanas, levando à maior eficiência da decisão tomada com menos informações (técnica decisória otimizadora). A compreensão de que nossa atenção (e também nosso tempo) é um bem escasso pode levar a uma decisão com base na técnica satisfatória, segundo a qual a busca de informações cessa quando se atinge uma opção suficientemente satisfatória.<sup>143</sup>

Destaque-se quão importante é que o Direito compreenda os vieses cognitivos das pessoas, que influenciam a percepção enviesada da realidade, para que possa fixar remédios jurídicos nas hipóteses em que a ordem jurídica determine uma colaboração entre os agentes econômicos. Elencamos, assim, os principais: (i) viés da representatividade: tendência de ignorar dados objetivos e da realidade, e a superestimar a correlação entre algo e nossas pré-compreensões (estereótipos); (ii) viés da disponibilidade: tendência de valorizar eventos memoráveis, e/ou mais próximos, e ignorar estatísticas reais; (iii) excesso de confiança: leva a acreditar que coisas boas acontecerão com maior frequência do que as estatísticas apontam, bem como que coisas ruins acontecerão com menor recorrência, tendo em vista um desvio cognitivo, a partir da informação disponível, sem considerar aquela infinidade de dados que desconhecemos; (iv) viés confirmatório: tendência a interpretar fatos de modo a confirmar sua posição inicial sobre o tema; (v) viés da análise retrospectiva: tendência de analisar uma situação a partir do seu desfecho, pois a mente é ávida na busca de um sentido; (vi) viés da ancoragem: tendência de uma informação inicial, mesmo sem relação com as seguintes, influenciar a decisão dos agentes<sup>144</sup>.

Por fim, outro aspecto humano, que não pode ser ignorado, é a tendência de ignorar os componentes comuns de um problema, enquanto a atenção está focada em cada parte isoladamente, afigurando-se deveras difícil definir a quantidade de informação que é suficiente ou excessiva, na tomada de decisão em que se busca reduzir a incerteza, e,

---

assimetrias de informação sobre o objeto das prestações contratuais também afetavam a relação entre as partes. [...] A complexidade social ampliou a desinformação. Em muitos casos observa-se que uma das partes detém toda a informação e a parte contrária, pouca ou nenhuma informação. Faltam-lhe competência técnica e informação, mesmo que a pessoa queira discutir os termos do contrato com a parte contrária”.

<sup>143</sup> Cf. PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*, cit., p. 131-140. O caráter complementar entre Economia clássica e comportamental pode ser assim bem delineado: “Embora ainda possa ser considerada um dos pressupostos da teoria econômica até hoje praticada e ser reconhecidamente útil como abstração, como uma forma de simplificar o mundo para modelá-lo, a teoria da escolha racional acaba sendo apenas isso, uma abstração e pode não necessariamente ser verificada na realidade empírica, nos moldes em que é teorizada” (p. 134).

<sup>144</sup> Também PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*, cit., p. 147-160.

portanto, o risco envolvido. Isso porque há um viés em acreditar que, quanto mais informação, melhor a tomada racional de decisão, o que se afigura incorreto, se tomarmos estudos psicológicos que demonstram que, em certas circunstâncias, informações adicionais atrapalham e distorcem as decisões, por conduzir a faltas de invariância e oportunidades de manipulação<sup>145</sup>.

### 3.2 Da apreensão da assimetria informacional pelo sistema jurídico

Paralelamente à superação do modelo fechado de sistema jurídico, no qual se reconhece-se o ingresso de certos valores no direito, enquanto princípios racionais permanentes, independentemente da vontade das partes ou da previsão em lei – segundo lição de PUFENDORF<sup>146</sup> –, observou-se a mudança de perspectiva de que o agente econômico possuiria informação completa, um dos postulados da Economia Neoclássica, para a assimetria da informação, conforme a Nova Economia Institucional. Isso porque as informações encontram-se dispersas entre as pessoas, com custos embutidos para sua apreensão e processamento, além das singularidades quanto às habilidades inerentes a cada indivíduo<sup>147</sup>. Verifica-se, portanto, um movimento no âmbito do sistema social, amplamente considerado, de abandono das premissas individualistas do liberalismo do século XIX, para uma acentuação do papel do Estado – ainda que por meio do sistema jurídico – na promoção da conduta proba e leal dos agentes econômicos.

Desenvolveu-se também, ao longo do final do último século, a Escola norte-americana de Análise Econômica do Direito<sup>148</sup>, que se debruçou sobre as externalidades das decisões judiciais, vale dizer, as Cortes devem atentar às consequências econômicas de seus posicionamentos, sem descurar de manter a coerência da interpretação conferida à lei, pois também se afigura importante manter um ambiente de segurança jurídica para o desenvolvimento econômico. Por outro lado, a compreensão do sistema jurídico como fundamentalmente aberto, uma vez que os estímulos – inclusive de viés econômico –

<sup>145</sup> É a lição de BERNSTEIN, Peter L. *Desafio aos deuses: a fascinante história do risco*. Tradução Ivo Korytowski. 37. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997. p. 284-291. Segundo o autor, “falta de invariância” seria a expressão utilizada para descrever escolhas incoerentes, ainda que não necessariamente incorretas, quando o mesmo problema aparece sob perspectivas diferentes.

<sup>146</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução A. M. Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 343-350.

<sup>147</sup> Conforme HAYEK, Friedrich A. *Individualism and economic order*. [S. l.]. The University of Chicago Press, 1948. p. 50-51.

<sup>148</sup> Cite-se seu maior expoente, COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics* [s. l.], The University of Chicago Press, v. 3, p. 1-44 (Oct., 1960).

provenientes do meio podem modificar sua estrutura desde que assim defina o próprio sistema<sup>149</sup>, igualmente lançou luzes sobre a repercussão da assimetria informacional no direito contratual. É que o desequilíbrio informacional, inicialmente objeto de estudo pela Economia, denota a necessidade de instrumentos coercitivos, sobretudo no momento de formação do contrato, para que a relação obrigacional encetada atinja sua finalidade ou simplesmente para que o fluxo comercial seja incentivado.

Desse modo, impõe-se à dogmática jurídica reconhecer não apenas as discrepâncias de acesso e aptidão de compreensão da informação relevante às partes contratuais, como também analisar em que medida é exigível tanto a conduta de fornecer a informação (*disclosure*) como a responsabilização pela obtenção da informação, analisando o ordenamento jurídico subjacente, ao mesmo tempo que devem ser perseguidos padrões de eficiência que, conquanto familiares à Ciência Econômica, coincidem com a busca pelo alcance da finalidade contratual. Como se verá, esses critérios nortearão as hipóteses em que a omissão de informação é admitida, sendo ferramenta legítima da disputa concorrencial. Ademais, os deveres informacionais deverão ser mais robustos conforme as partes tenham maiores incentivos a condutas oportunistas, o que se relaciona a fatores como o caráter instantâneo ou de longa duração do contrato firmado.

Não se pode, outrossim, preterir os custos envolvidos com a obtenção de informação, e que são capazes de conduzir à situação de “ignorância racional”, por ser mais eficiente cessar a busca por novos elementos, mesmo porque tal processo não deve ser eternizado<sup>150</sup>. O *quantum* de informação detida por cada parte contratante irá, portanto, orientá-la ao longo das negociações e na conclusão do contrato, inclusive quanto à verificação de que o risco assumido é justificado (análise relativa ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato), ou quanto a como se portar ou o que esperar ao longo da execução do contrato. Em determinados casos, é exigível que uma parte informe à outra determinado aspecto relevante à tomada de decisão e à formatação contratual.

---

<sup>149</sup> Consoante LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*: aulas publicadas por Javier Torres Bafarrate. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. 2. reimpr. Petrópolis: Vozes, 2011 (Col. Sociologia). p. 59-68.

<sup>150</sup> A propósito, cite-se ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 281-282.

### 3.3 Das informações relevantes para a tomada de decisão

Conquanto um estudo jurídico, como o presente, deva buscar nos diplomas normativos o fundamento dos deveres de informar, impõe-se investigar qual deve ser o objeto da obrigação de informação<sup>151</sup>, seja para propor eventuais alterações na disciplina legal, seja porque o conteúdo dos deveres de colaboração, que decorrem da boa-fé objetiva, remanescem pendentes de preenchimento no caso concreto<sup>152</sup>. Alguns aspectos podem ser, desde logo, excluídos de tal espectro, porquanto não se arvoram na razoabilidade, uma das facetas da eficiência perseguida também na seara contratual: não se pode obrigar um contratante a informar o outro sobre todos os elementos relativos ao contrato, nem acerca de todos os aspectos sobre os quais ele tem conhecimento. Restringe-se, portanto, o dever de *disclosure* da informação relevante para a tomada de decisão<sup>153</sup>.

Inicialmente, verifica-se ser insuficiente uma delimitação que imponha o dever de informar sobre elementos intrínsecos ao objeto do contrato, excluindo, portanto, qualquer obrigação sobre o que POTHIER denominou “foro exterior”, vale dizer, as qualidades variáveis conforme o contexto em que o objeto está posto. Sendo assim, segundo uma perspectiva pelo viés da Análise Econômica do Direito, e sendo a informação relevante, apenas por ter sido adquirida gratuitamente, surgiria o dever de informar a outra parte. Entretanto, relevando-se os custos de transação, e seguindo o adágio “*cessante ratione legis, cessat ejus dispositio*”, pode-se concluir que, na verdade, o fato de a informação ser extrínseca ao objeto do contrato apenas revela que ambas as partes teriam igual acesso à informação (os meios para se informar), o que não justificaria uma obrigação de informar<sup>154</sup>.

<sup>151</sup> Por uma questão metodológica, deve-se destacar, por oportuno, que a locução “obrigação de informar” é utilizada, aqui, de forma ampla, abrangendo o “dever de informar”, embora não se desconheça que, em princípio, estaria associada apenas à vinculação decorrente do contrato, sendo o dever derivado da lei, mesmo que da cláusula geral da boa-fé objetiva. À míngua de uma opção mais precisa, e acentuando que nosso objeto é restrito à seara contratual, fizemos essa escolha conceitual.

<sup>152</sup> Nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 187, a respeito do processo de concreção da boa-fé objetiva, defende que, “Para aplicar uma norma que configure cláusula geral, é preciso, portanto, que o aplicador do direito a) determine o seu campo e o seu grau de extensão – o que significará concretizar o *standard* ou o valor ao qual ela reenvia; e b) defina, puntualmente, as suas consequências. O problema suscitará perguntas tais como: o que significa, *no caso*, o dever do comportamento segundo a boa-fé?”.

<sup>153</sup> Nesse sentido, FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 164.

<sup>154</sup> Conforme FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l’obligation d’information dans les contrats: essai d’une théorie*. Paris: LGDJ, 2014. p. 122-128. Note-se, contudo, que o igual acesso aos meios de informação não redundará na mesma reação pelos agentes econômicos, inclusive como consequência da liberdade econômica que lhes é assegurada, e que confere a tônica do jogo concorrencial.

Diante das discrepantes compreensões, o que se especula, segundo o direito posto, é se a ignorância produzida na contraparte com a omissão de tal elemento conhecido foi determinante para o seu consentimento, de modo que, conhecendo-se esse específico aspecto, embora accidental ou extrínseco, o negócio não teria sido concluído, ou não teria sido firmado nos termos em que celebrado<sup>155</sup>. Tais elementos subjetivos – tanto a intenção maliciosa do *deceptor* como a representação errônea vivenciada pelo *deceptus* –, entretanto, apenas adquirem relevância diante do silêncio juridicamente relevante, uma vez que o ordenamento jurídico impunha, no caso concreto, o dever de informar àquele contratante. Até recentemente, embora o direito francês não contivesse disposição legislativa semelhante<sup>156</sup>, a doutrina e jurisprudência já admitiam a omissão dolosa e o dever de se informar, cujo fundamento repousa, de certa maneira, no reconhecimento da acentuada influência da vontade sobre a declaração<sup>157</sup>.

No processo de investigação do que caracteriza essa informação protegida, FABRE-MAGNAN<sup>158</sup>, anteriormente às reformas de 2016 e 2018 do Código Napoleão, já propunha o critério da pertinência da informação, vale dizer, o objeto da obrigação de informar coincide com todo elemento capaz de provocar uma reação na contraparte, que teria agido de forma diversa caso tomasse ciência de tal aspecto, culminando, pois, com sua representação errônea da realidade (erro invencível). Embora relevante, a informação determinante para a conclusão do contrato que aumente o valor da prestação do próprio declarante não é objeto de obrigação de informar, uma vez que o agente econômico já tem os incentivos para sua transmissão. Inegável que subjaz a necessidade de um juízo de valor

<sup>155</sup> É o que dispõe o art. 147 do Código Civil brasileiro, acerca da omissão dolosa: “Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado”.

<sup>156</sup> O dispositivo sobre omissão dolosa no *Code Civil Français*, atualmente, é a alínea 2 do art. 1137, consoante a *Ordonnance* n. 2016-131, que dispõe: “Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l’un des contractants d’une information dont il sait le caractère déterminant pour l’autre partie”. (Tradução livre: *Constitui igualmente dolo a dissimulação intencional por um dos contratantes de uma informação da qual se sabe o caráter determinante para a outra parte.*) Ademais, em recente alteração legislativa, de 20.04.2018 (*Loi* n. 2018-287), na esteira de conferir maior segurança jurídica, foi inserida a seguinte alínea 3: “Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation”. (Tradução livre: *Contudo, não constitui dolo o fato de uma parte não revelar à sua contraparte sua estimativa do valor da prestação.*)

<sup>157</sup> Conforme JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 88-116.

<sup>158</sup> FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l’obligation d’information dans les contrats*, cit., p. 132-135. O fato pertinente é, segundo a jurista, “que se relaciona ao objeto das obrigações nascidas do contrato (A) e útil para a contraparte (B); de outro lado, esse fato ou, mais exatamente, sua revelação, não pode ser um ilícito”. *In verbis*, p. 133: “Toutefois, il nous semble préférable d’énoncer que l’élément matériel de l’obligation d’information dans les contrats est non pas un fait majeur, mais ce que l’on peut appeler un ‘fait pertinent’, c’est-à-dire un fait qui se rapporte à l’objet des obligations nées du contrat (A) et utile pour le cocontractant (B); en outre, ce fait ou, plus exactement, sa révélation, ne doit pas être illicite (C)”.

caso a caso, mesmo que a avaliação da reação da contraparte deva ser de forma objetivada (segundo o padrão de comportamento esperado do agente econômico). A maneira mais simples de fazê-lo é uma análise *a contrario sensu*: observa-se se a informação em questão é incapaz de provocar qualquer reação por parte de seu destinatário, o que significa que ele não sofreu qualquer prejuízo a ensejar o requerimento de reparação.

Imperioso destacar que elastecer o dever de informar para além do alerta sobre o erro invencível<sup>159</sup>, chegando-se a afirmar que a informação deve ser completa e integral, ainda que seja compatível com o sistema de Defesa do Consumidor, que exige do fornecedor alto grau de transparência<sup>160</sup>, não se afigura adequado como padrão jurídico quanto às informações que devem ser prestadas quando da celebração do negócio jurídico, que envolvem partes em posição de igualdade, especialmente em relações empresariais. O aumento dos custos de transação – com o não fornecimento da informação por aquele que a detém – não pode nortear a compreensão das regras jurídicas, sobretudo se analisado de forma isolada.

Mesmo tal aspecto econômico (custos de transação) sofre influência de uma série de fatores, como a admissão, pelo sistema comercial, da possibilidade de erro pelo agente econômico. É que o empresário pode adotar uma estratégia equivocada (ou bem-sucedida), e essa liberdade de escolha, imbricada com a autonomia privada e a livre-iniciativa, permite o estabelecimento do jogo concorrencial. Assim, o Estado só deve, excepcionalmente, atuar no mercado para promover a concorrência, sendo lícito ao agente econômico presumir que seus parceiros comerciais são aptos e probos. Tal agente adota, desse modo, comportamento dentro da legítima expectativa criada pela prática de mercado, ou seja, diligência razoavelmente para obter as informações relevantes à contratação, que poderiam ser obtidas a custo razoável<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> Nesse sentido, TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*, cit., p. 231.

<sup>160</sup> A esse respeito, cite-se o inciso III do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, que elenca, entre os direitos básicos do consumidor: “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

<sup>161</sup> Conforme FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*, cit., p. 120-122 e 151-153: “A adoção do critério do homem ativo e probo pelo sistema facilita as contratações, pois autoriza a parte a supor que a outra cercar-se-á dos cuidados necessários e normalmente esperados antes, durante e após a celebração do negócio. *Essa pressuposição diminui os custos a serem incorridos pelos agentes econômicos em suas transações*” (grifo nosso).

### 3.4 Dos custos irrazoáveis segundo o uso comercial e a finalidade lucrativa

Acentue-se, inicialmente, que o reconhecimento da assimetria informacional, bem como da capacidade analítica restrita do ser humano, conquanto aspecto eminentemente econômico, relacionado à racionalidade limitada, deverá ser considerado na interpretação da disciplina contratual sobre o dever de informar, na esteira do que pode contribuir para a concretização de cláusulas abertas – como a boa-fé objetiva – e dos princípios que norteiam o direito em comento – com predomínio dos quadrantes largos da livre-iniciativa e da livre concorrência na seara empresarial, ao passo que com forte apelo à proteção do consumidor nas relações consumeristas, seguindo o modelo constitucionalmente estabelecido. Nessa ordem de ideias, enquanto o fornecedor não pode furtar-se de apresentar informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, pelo menos desde a Constituição Federal de 1988 e das legislações restritivas do consumo e publicidade que a seguiram (notadamente o Código de Defesa do Consumidor)<sup>162</sup>, nos contratos empresariais, não se espera que os contratantes tenham obtido (e disponibilizem) todas as informações sobre o negócio e sobre o contexto que o circunda, uma vez que a busca por informações é processo custoso e a empresa pode, de maneira deliberada, não o levar adiante, assumindo o risco da informação defeituosa, o que se encontra em sua esfera da autonomia privada.

A limitação do dever de informar, nas relações entre partes sem desequilíbrio econômico-financeiro ou técnico que justifique a intervenção estatal, assenta-se na premissa de que há um custo na obtenção da informação, assim como há um custo na revelação de determinado aspecto que diminui os atributos do produto ou serviço oferecido. Acrescente-se que a abundância de informações, dados os limites de capacidade de processamento do homem, também representa maiores custos de transação<sup>163</sup>. Sendo assim, a solução que se amolda aos padrões da boa-fé objetiva, ou seja, à legítima expectativa de que o empresário empregará a diligência normal dos homens sensatos e prudentes, conduzindo, de outro lado, à maior eficiência econômica, é aquela que confere ao contratante o ônus pela busca de

<sup>162</sup> Esse foi o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1113804/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27.04.2010, DJe 24.06.2010, ao deliberar sobre a responsabilidade da indústria do cigarro no tocante ao dever de informar o consumidor nas décadas anteriores a tais marcos normativos. Assentou-se que: “A boa-fé não possui um conteúdo *per se*, a ela inerente, mas contextual, com significativa carga histórico-social. Com efeito, em mira os fatores legais, históricos e culturais vigentes nas décadas de cinquenta a oitenta, não há como se agitar o princípio da boa-fé de maneira fluida, sem conteúdo substancial e de forma contrária aos usos e aos costumes, os quais preexistiam de séculos, para se chegar à conclusão de que era exigível das indústrias do fumo um dever jurídico de informação aos fumantes. Não havia, de fato, nenhuma norma, quer advinda de lei, quer dos princípios gerais de direito, quer dos costumes, que lhes impusesse tal comportamento”.

<sup>163</sup> Conforme TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*, cit., p. 152-153.

informação, em princípio disponível no mercado, salvo se os custos para obtê-la forem irrazoáveis, o que deve ser avaliado conforme os usos e costumes daquele ambiente econômico<sup>164</sup>.

Na compra e venda de participação societária, por exemplo, conquanto o vendedor tenha de disponibilizar todos os documentos necessários à avaliação patrimonial da empresa – diante de sua posição privilegiada de acesso a tais informações –, compete ao comprador analisar as informações sobre a rentabilidade futura, o que caracteriza o risco do negócio firmado, sendo comum a realização de auditoria sobre os documentos societários e contábeis, o que não autoriza o vendedor a fornecer informação falsa ou a ocultar dolosamente dados relevantes, sobretudo se questionado diretamente pelo comprador. Neste ponto, é possível vislumbrar hipóteses em que, diante de custos irrazoáveis para o comprador, deveria o vendedor informá-lo sobre fatos de fundamental importância. Contudo, em face de informações confidenciais ou estratégicas, que coloquem em risco sua competitividade no mercado, o vendedor pode limitar o acesso à documentação pelo comprador, de modo que este não poderá, futuramente, alegar violação ao dever de informar, pois assumiu os riscos inerentes a um negócio com tal peculiaridade, podendo reforçar sua posição mediante outras garantias a serem oferecidas pelo vendedor<sup>165</sup>.

Diferente é a hipótese da compra e venda de estabelecimento comercial (trespasse), sobremaneira se ocorre a alienação global, uma vez que, considerando a legítima expectativa criada pela prática de mercado, caberá ao alienante informar o adquirente sobre a qualidade dos objetos transferidos, inclusive do imóvel, sobretudo alguma irregularidade que seja capaz de prejudicar o funcionamento, na medida em que são dados relevantes para a contratação<sup>166</sup>. Contudo, faz-se mister ressaltar que o caráter determinante da informação para a formação do contrato (sua relevância) não deve ser sopesado descontextualizado dos custos que estão envolvidos com sua obtenção e processamento, a fim de enaltecer o jogo concorrencial, estimulando que os agentes econômicos busquem comportamentos mais eficientes, o que redundará em bem-estar para os integrantes do mercado como um todo. O que se observa, concretamente, é que a maior parte dos julgamentos que reconhecem o dever

---

<sup>164</sup> A respeito, FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*, cit., p. 164-166.

<sup>165</sup> Conforme BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 314-317. Nesse sentido, cita o Enunciado n. 27 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: “Não se presume violação à boa-fé objetiva se o empresário, durante as negociações do contrato empresarial, preservar segredo de empresa ou administrar a prestação de informações reservadas, confidenciais ou estratégicas, com o objetivo de não colocar em risco a competitividade de sua atividade”.

<sup>166</sup> BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil*, cit., p. 308-314.

de informar no trespasse entrelaça-se com condutas maliciosas ou silêncio intencional para prejudicar a contraparte, em situações que não eram exigíveis esforços do adquirente para que obtivesse, por si só, a informação, dados os custos irrazoáveis<sup>167</sup>.

### 3.5 Dimensionamento e imputação dos riscos contratuais

O contrato é o instrumento de alocação de riscos econômicos das operações negociais<sup>168</sup>, servindo à regulação de “falhas do mercado”, como é o caso da assimetria informativa. Essa discrepância entre as informações detidas pelas partes contratantes, especialmente quando, por questões estratégicas, pretendem manter o sigilo de tais dados, pode conduzir a um modelo específico de negócio jurídico: os contratos incompletos, nos quais a declaração negocial será restrita a aspectos essenciais e suficientes à vinculação entre as partes, remanescendo alguma omissão relevante a ser preenchida em momento posterior, que é, em certa medida, equacionada pelo dimensionamento *ex ante* dos riscos futuros.

Nesses casos, não se exige o aprofundamento das negociações das cláusulas contratuais ou a exposição completa das informações detidas por cada contratante, sendo o contrato integrado *ex post*, diante do advento de algum risco. O contrato incompleto pode ser compreendido, portanto, como “negócio jurídico que emprega a técnica de gestão negativa da álea normal”<sup>169</sup>, vale dizer, embora apresente lacuna em sentido técnico, voluntariamente deixada pelas partes, contempla critérios para preenchimento futuro por terceiro, por uma ou ambas as partes, ou mediante fatores externos ao contrato.

Na prática comercial, há custos de concepção, planejamento e produção que o alienante conhece, porém prefere não explicitar para a contraparte, ao passo que o adquirente sabe quanto está disposto a pagar, no máximo, pelo bem, mas também não lhe é interessante

---

<sup>167</sup> É o caso da Apelação Cível n. 1035829-86.2014.8.26.0114; Relator João Camillo de Almeida Prado Costa; Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas – 1ª Vara Cível; data do julgamento: 04.04.2016; data de registro: 08.04.2016, julgada pelo TJSP. No caso específico, embora os adquirentes tenham diligenciado para que lhes fossem exibidas certidões de distribuição contemporâneas à contratação (contrato de compra e venda de fundo de comércio), o que configuraria a diligência normal do homem sensato e prudente, nenhuma delas informava ação renovatória anteriormente proposta, na qual fora homologado acordo pelo qual o locatário (ora vendedor) obrigava-se a realizar diversas benfeitorias no imóvel para obter a renovação do contrato de locação por 60 meses. O Tribunal concluiu que o alienante omitiu, dolosamente, informação substancial para a formação do negócio jurídico.

<sup>168</sup> Nos dizeres de ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 10-11: “Quer dizer: a operação econômica, na sua materialidade, como abstracto real necessário e imprescindível daquele conceito; o contrato, como formalização jurídica daquela, isto é, como conquista da ideia de que as operações econômicas podem e devem ser reguladas pelo direito, e como construção da categoria científica idônea para tal fim [...]”.

<sup>169</sup> Conforme BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 11.

divulgar essa informação, já que correria o risco de obter um ganho mínimo na operação. Assim, as partes contratantes optam não por um contrato completo, que envolveria elevados custos de transação, mas fixam, por exemplo, que o preço de certo produto agrícola seguirá certo parâmetro do mercado (*commodity*).

À vista da função eminente do contrato, que é econômica, tratando-se de circunstâncias previsíveis – “álea normal” – (determinadas oscilações do mercado), o fato de uma das partes obter margem de lucro maior do que a prevista não indica qualquer anormalidade contratual, tampouco desvio de sua função social. A divisão dos riscos contratuais, desejada pelas partes contratantes, em relações paritárias deve ser respeitada, inclusive nos casos em que a questão é levada à discussão judicial ou arbitral<sup>170</sup>.

O direito contratual apresenta ferramentas para a revelação e o compartilhamento das informações necessárias à fluidez das relações contratuais por meio do *mechanism design*, pelo qual as partes estabelecem cláusulas como as *penalty default rules*, que representam um obstáculo que as força a negociarem, no sentido de removê-lo, incentivando-as a revelarem informação que é geradora de assimetria e de ineficiência na relação, mas que permaneceria oculta sem esse estímulo. Como exemplo de tal cláusula, pode-se citar a regra “Hadley v. Baxendale”<sup>171</sup>, que limita a responsabilidade por danos supervenientes aos razoavelmente previsíveis, o que promove a partilha eficiente de informação. Diante do desequilíbrio informacional, em que uma das partes é favorecida pela assimetria informativa, pode-se estabelecer, inclusive, que determinada regra seja supletiva para uma parte e imperativa para outra. No entanto, nunca se pode olvidar que existe um campo no qual o uso da informação de forma privativa é admitido, correspondendo, frequentemente, ao retorno do investimento necessário à obtenção do dado<sup>172</sup>.

<sup>170</sup> A esse respeito, PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos*. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 308-315. A preservar a divisão de riscos conforme ajuste entre as partes, cite-se entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça: AgInt no AREsp 1094780/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 05.12.2017, DJe 19.12.2017.

<sup>171</sup> O caso que subjaz a essa regra era de um moleiro que contratou um carregador para transportar um virabrequim (eixo de manivela). Diante do atraso na entrega, o moleiro sofreu perdas e danos. O contrato em si não previa o que aconteceria se o virabrequim fosse entregue atrasado, vale dizer, se o transportador deveria reembolsar o moleiro pelas perdas com a produção, devolver o montante pago, ou alguma outra coisa. Segundo a regra Hadley v. Baxendale, o transportador não tem de indenizar por danos indiretos (*consequential losses*), salvo se são previsíveis ou comunicadas antecipadamente. Assim, a *default rule* (regra dispositiva) é a indenização pelas perdas previsíveis; mas as partes podem estabelecer em sentido contrário. É o que se extrai de POSNER, Eric A. *There are no penalty default rules in contract law*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 237, 2005. p. 4-5.

<sup>172</sup> Conforme ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, cit., p. 533-537 e 553-562.

### 3.6 Dos incentivos aos agentes econômicos para o fornecimento de informações

Comumente, os agentes econômicos necessitam da colaboração de seu parceiro contratual, mas preferem, diante da sua finalidade lucrativa, atender seu próprio interesse em detrimento de terceiros, o que os demove de fornecer as informações que detêm. Algumas alternativas para superar esse problema, no que interfere na conclusão e no desenvolvimento dos contratos, seriam: (i) a concessão de incentivos para que o agente se comporte de acordo com a finalidade objetivada pelo ajuste; (ii) a obrigatoriedade de prestação de informações. É o que se observa, por exemplo, no contrato de representação comercial, no qual o representante deve fornecer informações detalhadas sobre o andamento dos negócios<sup>173</sup>.

Ao tratar da relação principal/agente, usualmente estudada na Economia, na qual, embora haja escopo comum entre os contratantes, cada parte buscará a satisfação prioritária de seu interesse, como nos casos de contrato de distribuição e representação comercial, ARAÚJO propõe, como remédio contra a seleção adversa, que poderia levar os agentes a um equilíbrio agregador, formando um contingente exposto a uma guerra de preços interna, a adoção da “sinalização”. Sendo assim, o agente, no próprio interesse, compromete-se a aumentar o nível de informação disponível, convertendo-se em refém das informações prestadas, seja pela irrecuperabilidade dos investimentos significativos em sinalização, seja pela responsabilidade que decorre da prestação de informações. Exemplo disso é a garantia do produtor<sup>174</sup>.

Conquanto a Economia tenha apresentado, mais recentemente, a possibilidade de incentivos na forma de estímulos comportamentais, capazes de alterar o comportamento humano, sem proibir nenhuma opção – os denominados “*nudges*”<sup>175</sup> –, não se vislumbra, ao menos nas relações que visam ao lucro, como se poderia alcançar o compartilhamento de informações sem oferecer incentivos econômicos, um dos aspectos a caracterizar essa figura. Se, de um lado, os incentivos legais e contratuais cogentes não deixam margem de escolha para a parte contratante, as regras supletivas (*default rules*) repercutem no patrimônio financeiro daquele que não cuida de afastá-la durante a formação do contrato ou de minorar seus efeitos, no curso da execução contratual. Interessante destacar, neste ponto, que

<sup>173</sup> Consoante o art. 28 da Lei n. 4.886/65. Sobre informação e oportunismo, discorrendo sobre a relação principal/agente, cite-se FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*, cit., p. 166-168.

<sup>174</sup> Conforme ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, cit., p. 290-297.

<sup>175</sup> A respeito, cite-se THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008.

POSNER defende não existirem “*penalty default rules*”, visto que todas essas regras seriam, ao fim e ao cabo, imperativas<sup>176</sup>.

Deve-se ter em mente, contudo, como já acentuamos, que, não é apenas o critério econômico – do agente que dispõe da informação ao menor custo – que vai nortear os deveres informativos, mesmo porque o escopo do Direito passa por assegurar a concretização de valores socialmente erigidos como fundamentais na Constituição Federal. Na verdade, ainda que sob a ótica dos custos de transação, a solução ótima, havendo igual acesso à informação, é atribuir ao contratante que tenha interesse em determinada informação os ônus de sua busca – dever de se informar. O Direito evita, assim, o comportamento oportunista, baseado no autointeresse e na astúcia, sendo caso de convergência entre a Análise Econômica do Direito e o cumprimento das normas jurídicas à luz de suas finalidades<sup>177</sup>.

### 3.7 Argumentos macrojurídicos no campo do direito contratual

O dever de informar, como já apresentamos, impacta diretamente na relação contratual, analisada de forma atomizada, na medida em que permite que a parte menos informada, por dificuldades derivadas de sua posição e não por sua inércia de precaver-se com as diligências normais àqueles que concluem um contrato, tome ciência de aspectos relevantes para a formação de sua vontade contratual. No entanto, a repercussão da revelação da informação e o equacionamento do problema da assimetria informacional ultrapassam o direito contratual clássico, espreado-se sobre outros campos que atingem a coletividade, por exemplo, repercutindo na competitividade do mercado e impactando, pois, a eficiência econômica. Coloca-se, assim, a questão no âmbito da gestão dos conflitos de interesse informacionais no direito contratual, sobre até que ponto é metodologicamente permitido conceber argumentos macrojurídicos para resolver questões contratuais<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> Conforme POSNER, Eric A. *There are no penalty default rules in contract law*, cit., p. 11-27. Esclarece esse autor que o problema é tentar explicar as externalidades negativas derivadas da omissão de informação, objeto de estudo pela Economia mais recentemente, usando do direito contratual tradicional. Assim, o modelo aponta para conclusões interessantes, mas as *penalty default rules* ainda precisariam ser desenvolvidas, inclusive pelas Cortes.

<sup>177</sup> A respeito, cite-se FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats*, cit., p. 110-112.

<sup>178</sup> Esse questionamento é feito por FLEISCHER, Holger. *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht: eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten*. München: Beck, 2001. p. 4.

FABRE-MAGNAN, após expor as principais teorias da análise econômica da obrigação de informação nos contratos<sup>179</sup>, que compreendem haver um valor agregado na informação obtida por esforço, e não fortuitamente, de modo que o Direito exerce o papel de atribuir tais custos no momento da formação do contrato, conclui que, apesar de aqueles autores anglo-saxões ponderarem no sentido de negar ou restringir, de modo considerável, os deveres informativos, há fortes argumentos econômicos – como a obtenção de um preço justo e a diminuição do custo global da pesquisa de informações – que justificam, ao contrário, o desenvolvimento de obrigações de informar.

Isso porque, ainda que a situação de “concorrência pura e perfeita” seja inalcançável no mundo real, tal padrão de conduta contribui para o aumento da transparência do mercado, um dos quatro critérios para que aquele cenário seja atingido, e que significa que os agentes econômicos estão informados sobre a qualidade e a natureza dos bens e sobre seu preço, o que permite a existência de um preço único de equilíbrio por produto. Ademais, além de chegar-se a um preço justo, por reduzir a possibilidade de aumento de preço desconectada da utilidade real do produto, o dever de informar pode reduzir o custo global da pesquisa de informação, desde que atribuído à parte que pode obtê-la a um menor custo<sup>180</sup>.

A perspectiva do direito contratual deve, contudo, superar o enfoque no princípio da eficiência sempre que se propõe a voltar-se sobre aspectos econômicos, não perdendo de vista as peculiaridades do ordenamento jurídico subjacente, de modo a chegar a soluções metodologicamente acertadas. O intérprete deve ter em mente que as razões de eficiência alocativa servem, precipuamente, como um princípio orientador da ação, norteando, desse modo, a tarefa do legislador. Quando pretende apropriar-se dos argumentos da Economia da Informação, deve reexaminar cada argumento no nível legal, ao mesmo tempo que torna as ponderações econômico-informacionais acessíveis ao acesso dogmático.

FLEISCHER indica três portas de entrada dogmática para aspectos econômicos, que se podem distinguir: (i) leis de mercado – vale dizer, as soluções dogmáticas não prescindem de levar em consideração condições de mercado para sua própria sustentabilidade (no caso da informação, a competição pressupõe alguma exploração de conhecimento superior); (ii) ética negocial dominante – o *Bundesgerichtshof* já assentou que há um dever pré-contratual de informar sempre que a boa-fé exigir, à vista dos usos e costumes (o que permite ampliar

---

<sup>179</sup> Dentre os quais, destaque-se Anthony T. Kronman, *Mistake, disclosure, information, and the law of contracts*. *Journal of Legal Studies*, 1 (1978). *Apud* FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats*, cit., p. 72-95.

<sup>180</sup> Conforme FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats*, cit., p. 72-80 e 100-110.

os deveres informativos em relação à perspectiva meramente econômica); (iii) avaliações de leis especiais – argumentos específicos justificam a inserção do dever de informar no Mercado de Capitais e Contrato de Seguro (segurança e facilidade das transações comerciais)<sup>181</sup>. Sendo assim, ao jurista cabe fazer considerações de custo-benefício, porém não se pode perder de vista que a solução justa não descuida das regras e princípios que fundamentam o sistema jurídico subjacente.

---

<sup>181</sup> FLEISCHER, Holger. *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, cit., p. 223-227. Deve ser ponderado, contudo, que, à época em que escrita a obra, o desenvolvimento sobre a análise econômica do Direito ainda era incipiente, tendo progredido ao longo dos anos que se seguiram.

## CAPÍTULO 4 – Da internalização da assimetria informacional pelo direito contratual brasileiro

### 4.1 Da interpretação dos contratos no contexto atual

A interpretação dos contratos empresariais, porquanto define o sentido a ser conferido às cláusulas previstas nos ajustes entre partes empresárias e, por decorrência, atinge as consequências daí extraídas, é um dos temas mais recorrentes nos conflitos que derivam das relações econômicas, e que são formalizadas pelo instrumento contratual. Não obstante seu papel fundamental na tomada de decisões, o tema não tem merecido estudos aprofundados, pelo menos que apresentem ferramentas novas para que o adjudicador confira maior previsibilidade ao resultado do processo interpretativo, o que tem contribuído para a manutenção de um elevado grau de incerteza e redundado em críticas, nem sempre de caráter construtivo, ao Poder Judiciário.

À evidência, a comunicação, em um cenário de crescente complexidade social, deve ser apreendida em uma perspectiva de dupla contingência<sup>182</sup>, quando não permeada ainda de outras interferências (participação de advogados no curso da negociação do contrato), vale dizer, um agente econômico não consegue externalizar, pela linguagem, especificamente o

---

<sup>182</sup> Segundo LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. v. I. p. 46-48: “Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos. [...] Neste mundo complexo, contingente, mas mesmo assim estruturalmente conjecturável existem, além dos demais sentidos possíveis, outros homens que se inserem no campo de minha visão como um ‘alter ego’, como fontes eudênticas da experimentação e da ação originais. A partir daí introduz-se no mundo um elemento de perturbação, e é tão-somente assim que se constitui plenamente a complexidade e a contingência. As possibilidades atualizadas por outros homens também se apresentam a mim, também são minhas possibilidades. [...] O preço disso está na potencialização do risco: na elevação da contingência simples do campo de percepção, ao nível da *dupla contingência* do mundo social. [...] Frente à dupla contingência necessita-se outras estruturas de expectativas, de construção muito mais complicada e condicionada: as expectativas. À vista da liberdade de comportamento dos outros homens são maiores os riscos e também a complexidade do âmbito das expectativas. Consequentemente, as estruturas de expectativas têm que ser construídas de forma mais complexa e variável. O comportamento do outro não pode ser tomado como fato determinado, ele tem que ser expectável em sua seletividade, como seleção entre outras possibilidades do outro. Essa seletividade, porém, é comandada pelas estruturas de expectativas do outro. Para encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativas não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro. Para o controle de uma complexão de interações sociais não é apenas necessário que cada um *experimente*, mas também que cada um possa *ter uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem* dele. Sob as condições de dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma a um nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro. Na área de integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função do normativo – e assim também do direito”.

que objetiva em seu pensamento, e tampouco o(s) outro(s) agente(s) envolvido(s) é(são) capaz(es) de depreender com rigor o que se pretendeu atingir com aquela mensagem que lhe foi dirigida. Não é inapropriado, doutra banda, afirmar que, por vezes, o próprio agente econômico modifica sua compreensão do que almeja com determinado acordo de vontade, à medida que o estado de coisas é alterado ao longo do tempo.

Ademais, as partes contratantes, ao levarem em consideração dificuldades para inserir determinadas cláusulas no contrato, seja pelos custos na sua formulação ou negociação, ou mesmo por não prever determinada situação, diante da sua racionalidade limitada, firmam contratos incompletos, que devem ter posteriormente seu conteúdo preenchido. Diante das lacunas, voluntárias ou não, desponta a necessidade de integração dos contratos, prioritariamente seguindo o programa contratual estipulado pelos contratantes empresários. O grau maior ou menor de discricionariedade do adjudicador, presumindo-se estar diante de um sistema que privilegia a autonomia privada e a liberdade contratual, dependerá do esmero dos contratantes em definir parâmetros para essa solução *a posteriori*, valendo-se de cláusulas *back-end*, entre outras ferramentas inclusive de caráter procedimental, definidas *ex ante*<sup>183</sup>.

Verifica-se, contudo, certo desprezo dos operadores do Direito, no cenário nacional, por buscar formular, no momento da formatação do instrumento contratual, especialmente regras interpretativas, e outras disposições que norteiem o procedimento a ser seguido em caso de litígio. Dessa forma, após estabelecidas certas premissas sobre a interpretação e a integração de contratos interempresariais, inclusive enfrentando o aparente conflito entre a vontade declarada das partes e regras derivadas do comportamento leal e probó de que as partes não podem prescindir, deve-se estender a análise sobre qual papel as regras interpretativas e integrativas devem assumir em termos de *design contractual*, delas extraindo a maior efetividade do princípio da segurança jurídica e da autonomia privada, na medida em que se privilegia a vontade das partes envolvidas.

---

<sup>183</sup> A respeito da importância de as partes debruçarem-se no contrato sobre regras procedimentais, de forma antecipada, para eventuais futuros litígios, cite-se SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 856-859, 2006.

#### ***4.1.1 Premissas a serem observadas na interpretação e integração dos contratos paritários***

Uma vez que interpretar é selecionar “possibilidades comunicativas da complexidade discursiva”<sup>184</sup>, havendo um lapso temporal entre a declaração de vontade consubstanciada no contrato e a necessária atribuição do sentido nele consubstanciado, a interpretação revela-se imprescindível à determinação do conteúdo negocial, inclusive dos preceitos implícitos ou não declarados. Conquanto a doutrina seja uníssona em criticar o brocardo *in claris cessat interpretatio*, há casos em que é possível extrair o sentido efetivamente atribuído a certa declaração negocial pelas partes contratantes apenas no momento hermenêutico meramente recognitivo, ou seja, a partir de uma análise, não só a partir do texto, mas do contexto em que inserida, em atenção às circunstâncias relevantes<sup>185</sup>, mas sem o recurso a outros elementos, como usos e costumes e cláusula geral de boa-fé objetiva. O peso da autonomia privada, e consequentemente da declaração negocial, variará conforme a relação material subjacente, sendo necessário fixar os aspectos que diferenciam o contrato paritário de outras relações privadas.

O primeiro traço diferenciador dessa modalidade contratual, sobretudo em relações empresariais, é o escopo de lucro, que deverá nortear a compreensão do intérprete sobre as declarações de vontade manifestadas pelos agentes econômicos. Por outro lado, à contratação subjaz uma justificação objetiva, que corresponde à função econômica do negócio, e não ao subjetivismo das partes. O *pacta sunt servanda*, ainda, ao coibir o oportunismo dos agentes econômicos que preferam ver-se desvinculados dos acordos que lhes deixam de ser vantajosos, é ferramenta imprescindível ao próprio funcionamento do mercado, o que reforça a necessidade de privilegiar-se a autonomia privada em detrimento de intervenções externas, sobretudo judiciais, para reparar decisões de gestão empresarial equivocadas.

Os agentes econômicos devem ser presumidos ativos e probos, agindo dentro da normalidade dos atores do mercado, e sendo passíveis de tomar decisões equivocadas, que são inerentes ao jogo competitivo. Isso não significa, porém, que a liberdade de contratar seja irrestrita, uma vez que o Direito fixa as balizas dentro das quais o mercado poderá atuar.

---

<sup>184</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 256.

<sup>185</sup> Nesse sentido: MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 65-70.

Para um bom fluxo das relações econômicas, as partes contratantes devem contar com um ambiente que privilegie a segurança e a previsibilidade jurídicas, ao mesmo tempo que tutele as legítimas expectativas (confiança), o que reduz os custos de transação<sup>186</sup>.

A respeito da interpretação da vontade negocial, importante observar que o art. 112 do Código Civil, em redação bastante semelhante à do art. 85 do Código Civil de 1916, prevê que “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Deve ser perquirida pelo intérprete a intenção que resulta da declaração, sendo esta o verdadeiro objeto da operação interpretativa. Entretanto, a análise da declaração deve ser contextualizada, levando em conta a boa-fé e os usos e costumes, comuns no tráfego negocial, como dispõe o art. 113 do diploma civil atual<sup>187</sup>, verificando-se apenas secundariamente a intenção do declarante (critério concreto). Ademais, inexistindo previsão expressa, deve o intérprete recorrer à vontade presumida, atentando aos aspectos concretos do negócio jurídico e ao que razoavelmente poderia supor-se que se passaria caso as partes tivessem previsto tal hipótese (interpretação integrativa)<sup>188</sup>.

Nunca se deve perder de vista, porém, que o contrato é o instrumento de alocação de riscos econômicos das operações negociais<sup>189</sup>, ainda que as relações dos agentes econômicos, desenvolvidas no âmbito do mercado, estejam fundamentalmente pautadas na confiança, que permite estabilizar certas expectativas. Com esteio na confiança, os contratantes firmam, deliberadamente, cláusulas nulas visando ao desestímulo a condutas indesejáveis, porque, embora o Direito crie um padrão de orientação, é incapaz de garantir, por si só, o cumprimento do quanto estipulado, havendo a demora e os custos embutidos na aplicação da sanção, que não se coadunam com o fluxo desejável da transação econômica. Observa-se, portanto, que o Direito é subsidiário, atuando na falha do mecanismo de confiança.

---

<sup>186</sup> Os vetores de funcionamento dos contratos empresariais foram extraídos de FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 107-178. Segundo a jurista, tais elementos econômicos tornam-se jurídicos justamente pelo ato de interpretação dos contratos (p. 215).

<sup>187</sup> “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

<sup>188</sup> Tais lições, ainda que escritas sob a égide do Código Civil de 1916, foram extraídas de JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 100-103.

<sup>189</sup> Nos dizeres de ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 10-11: “Quer dizer: a operação econômica, na sua materialidade, como *abstracto real* necessário e imprescindível daquele conceito; o contrato, como formalização jurídica daquela, isto é como conquista da ideia de que as operações econômicas podem e devem ser reguladas pelo direito, e como construção da categoria científica idônea para tal fim [...]”.

#### 4.1.2 As balizas da interpretação de contratos interempresariais

O contrato empresarial, compreendido como aquele firmado entre partes empresárias, que não caracteriza relação de consumo *in concreto*, assenta-se, fortemente, na prática comercial, que é determinante na formulação do texto em si, bem como nas normas que acabam sendo positivadas pelo sistema jurídico. São uma característica histórica do Direito Empresarial, em contraposição ao Direito Civil, por exemplo, alternativas menos formalistas, que visam à fluência das relações econômicas. Considerando que compartilham de regras comuns, é justamente a interpretação, pautada em tais aspectos peculiares do Direito Empresarial, que vai conferir-lhe os contornos próprios: (i) atenta-se à causa do negócio, que permite a objetivação do comportamento do comerciante no mercado e, conseqüentemente, a proteção da legítima expectativa da contraparte (boa-fé objetiva); (ii) observa-se o *standard* do homem “ativo e probo”, vale dizer, a assunção de uma racionalidade própria aos empresários, depurada pelo Direito como um padrão interpretativo; (iii) protege-se a eficiência das decisões empresariais, evitando-se interpretações que comprometam a segurança e a previsibilidade do mercado. Trata-se, de certo modo, da racionalidade do agente econômico, que pode ser levada em conta pelo sistema jurídico desde que condicionada pelo Direito<sup>190</sup>.

O art. 113 do Código Civil de 2002, na esteira do art. 131 do Código Comercial de 1850, elegeram a boa-fé e os usos e costumes como parâmetros interpretativos, para além de uma hermenêutica exegética pautada unicamente no texto contratual. Faz-se mister ressaltar que a vontade consubstanciada na declaração externalizada pelos contratantes presume-se como equilíbrio econômico-financeiro do contrato (sinalagma), sendo o agente econômico o melhor senhor de suas próprias razões, no exercício da livre-iniciativa e da livre concorrência, de modo que o adjudicador deve privilegiar o *pacta sunt servanda*. Sua compreensão, contudo, envolve uma análise contextualizada, pois diferida no tempo, bem como enseja atenção ao comportamento posterior das partes, que permitem conferir-lhe uma interpretação autêntica. Além disso, as condutas adotadas pela parte contratante geram

---

<sup>190</sup> Conforme FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais*, cit., p. 212-215. Segundo a comercialista, tais peculiaridades interpretativas justificam-se nos princípios jurídicos próprios ao Direito Empresarial: “A moderna teoria da interpretação ensina que os princípios embasam as regras e lhes são hierarquicamente superiores, configurando, pois, todo o sistema. Desempenham papel fundamental na *interpretação do direito e dos atos jurídicos*: a exegese deve obedecer aos vetores que conformam o ordenamento. *O direito comercial tem fundamentos próprios, mesmo diante de um código obrigacional único*” (p. 216).

legítimas expectativas na contraparte e até no meio social, que, pela regra da boa-fé objetiva, impedem comportamentos contraditórios, como o *venire contra factum proprium*<sup>191</sup>.

Tendo em vista que assume o modelo de cláusula geral, e que é um termo dotado de alto grau de vagueza semântica, a boa-fé objetiva exige para sua correta aplicação, vale dizer, de modo generalizado e sistemático, distinções conforme seu campo de incidência e a materialidade da situação jurídica subjacente. Sendo assim, a boa-fé objetiva apresenta contornos próprios quando aplicada ao Direito Empresarial, sofrendo influxo: (i) da noção de mercado – que, como instituição, é regulador de comportamentos, marcado pela possível regularidade de normas e papéis e submetido a uma difusa aceitação social; (ii) do dinamismo coerente com a noção de atividade empresarial, nos termos do art. 966 do Código Civil, que é um complexo de ações unificadas finalisticamente; (iii) da contundente implicação da práxis nesse campo, associando a boa-fé aos usos do setor e às práticas das partes; (iv) da informalidade e da atipicidade; e (v) da utilização de modelos importados do comércio internacional ou do ordenamento jurídico de outros países<sup>192</sup>. Ressalte-se, contudo, que todos esses aspectos que se originam do sistema econômico-social precisam passar pelo filtro das decisões políticas e escolhas legislativas da sociedade para ingressar no sistema jurídico.

Nos contratos atípicos, embora reconhecidos pelo Código Civil, desde que observadas as normas gerais daquele diploma (art. 425), não existindo as normas de direito supletivo que suprem as lacunas na disciplina dos contratos típicos, cabe ao adjudicador atentar mais detidamente à equação econômica subjacente, bem como ao objetivo perseguido pelas partes e aos quadrantes da boa-fé objetiva. Trata-se de exemplo concreto do reconhecimento pelo Direito da mobilidade e dinamismo estrutural do mercado, que impacta nos contratos que nele são pactuados, sofrendo processos contínuos de interação social. No entanto, a informalidade reduz a segurança e a previsibilidade, sendo necessário

---

<sup>191</sup> Nesse sentido é a lição de JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio de. “Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e impossibilidade de fugir do ‘programa contratual’ estabelecido” (*Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 159-172). Ressaltando a importância a ser conferida ao acordo de vontade inicialmente entabulado pelas partes: “É princípio da situação sinalagmática a assunção, pelos contratantes, dos riscos próprios de cada prestação – da sua álea normal. Num contrato de venda-e-compra, é risco do comprador, que se torna titular do bem, a deterioração ou a perda da coisa (*res perit domino*), e é risco do vendedor as vicissitudes da moeda (valorização ou desvalorização, aplicação com juros altos ou baixos). *Ubi commoda ibi incommoda*. A não ser assim, todas as regras dos riscos contratuais seriam a todo tempo deixadas de lado com apelos ao Judiciário”.

<sup>192</sup> Conforme MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 281-286.

valer-se de outros instrumentos para a interpretação e integração dos contratos empresariais, que possibilitem definir, de maneira objetiva, a regularidade das condutas no mercado, como os usos e costumes comerciais.

#### ***4.1.3 Contribuições da doutrina norte-americana à interpretação contratual***

Inicialmente, faz-se mister consignar que há grandes diferenças entre o sistema jurídico norte-americano de *common law* e o sistema brasileiro da *civil law*, que impedem uma simples transposição de institutos e teorias sem uma filtragem de sua adequação aos parâmetros que lhes são próprios. No entanto, a análise de formas de apresentar o problema e soluções possíveis, ainda que contempladas no direito norte-americano, permite uma percepção crítica do nosso enfoque e possibilita pensar alternativas ainda não vislumbradas por nossa doutrina. Por esse viés, pretendemos apresentar os problemas da interpretação segundo juristas norte-americanos.

As Cortes americanas dividem-se, no que tange a seu entendimento sobre os contratos, em dois modelos interpretativos: a grande maioria, que segue a teoria textualista, mais atenta ao instrumento contratual em si (base de evidência limitada), e que nega relevância a negociações preliminares e a toda forma de interpretação do contrato, a partir de elementos que lhes são externos; e os Tribunais, como aquele do Estado da Califórnia, que aderiram à teoria contextualista, que se vale ainda do *Uniform Commercial Code* (UCC) e do *Second Restatement* para extrair o conteúdo contratual.

Uma das consequências mais importantes, a depender da teoria adotada, são as regras processuais aplicáveis, inclusive de ônus da prova, sendo a *hard parol evidence rule*, que admite a *merge clause* (cláusula na qual fica estabelecido que o contrato basta por si só, restando superadas as tratativas preliminares), e prevê o procedimento sumário, própria das Cortes que seguem a teoria textualista, ao passo que, nos Tribunais em que se reconhece a teoria contextualista, vige a *soft parol evidence rule*, possibilitando às partes aportarem evidência externa e submeterem o caso ao júri, o que implica custos elevados. Trata-se, portanto, de um sistema que privilegia as preferências particulares expressas pelas partes empresárias, estipulando o Estado regras de interpretação dispositivas (*default rules*)<sup>193</sup>.

<sup>193</sup> A propósito, cite-se SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert. Contract interpretation redux. *Yale Law Journal*, v. 119, p. 926-964, 2010. Esses juristas defendem que partes sofisticadas preferem a interpretação textual, assumindo os custos para arrolar suas obrigações no contrato, mas reduzindo os custos do litígio. Criticam os contextualistas por tirarem das partes a habilidade de definir suas preferências no *design contratual*, de molde a restringir significativamente a liberdade contratual em nome da liberdade contratual.

Em um primeiro momento, refuta-se que haja discussão semelhante no direito brasileiro, à medida que há muito superada a utilização de uma interpretação apenas textual, segundo o brocardo *in claris cessat interpretatio*, uma vez que a cláusula contratual sempre deve ser contextualizada, em atenção às circunstâncias relevantes<sup>194</sup>. Entretanto, deparamo-nos, em solo nacional, com a questão dos limites da boa-fé objetiva e dos usos e costumes, vale dizer, até que ponto fatores não definidos pela vontade das partes podem influenciar na interpretação contratual e especialmente conferir a determinada previsão sentido diverso daquele intencionado pelas partes contratantes.

SCHWARTZ e SCOTT<sup>195</sup> chegam a refutar a posição de Burton, que, ao pretender ser intermediária, sugere considerar o curso das negociações (e não as preliminares) e o uso do comércio em adição ao contrato e às circunstâncias objetivas das partes, de modo deveras semelhante à doutrina majoritária brasileira, ao argumento de que essa solução ainda importaria altos custos, porque impede um julgamento sumário (segundo as normas processuais próprias do ordenamento norte-americano) e força as partes a determinar *ex ante* as fontes que servirão para fixar os objetivos comuns *ex post*.

A fim de superar o embate entre teoria textualista e teoria contextualista, SCOTT, agora em conjunto com GILSON e SABEL, em artigo posterior, aponta para a incorporação de soluções de interpretação no *design contratual* nos acordos entre partes sofisticadas: assim, o *design* e a resposta judicial dele decorrente variarão conforme o nível de incerteza e a espessura do mercado – se há muitos comerciantes ou poucos comerciantes participando daquele contrato. Quanto maior a incerteza, mais difícil torna-se elaborar um contrato completo, ou seja, as decisões de alocação entre custos *front-end* e *back-end* dependem do nível de incerteza no momento de contratar. Assim, no contrato com baixo grau de incerteza e poucas partes, o instrumento contempla praticamente a totalidade dos eventos possíveis, sendo que os contratantes estabelecem regras que indicam qual o critério de interpretação a ser adotado pelo adjudicador<sup>196</sup>.

No mesmo cenário de poucas partes, mas com grau moderado de incerteza, os contratantes combinam termos precisos e cláusulas gerais que indicam as direções quanto ao contexto a ser aplicado; aponta-se quando o intérprete deve considerar o contexto e quem decide qual contexto é relevante. Já havendo elevado grau de incerteza, nascem os contratos

---

<sup>194</sup> Por rigor metodológico, impõe-se pontuar que Schwartz e Scott afirmam que a teoria textualista não se confunde com uma interpretação meramente literal do contrato, sendo relevante o contexto.

<sup>195</sup> SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert. *Contract interpretation redux*, cit., p. 929-932.

<sup>196</sup> GILSON, Ronald; SABEL, Charles; SCOTT, Robert. *Text and context: contract interpretation as contract design*. *Cornell Law Review*, v. 100, 2014. p. 23-67.

colaborativos, que se constituem por estruturas que estimulam investimentos eficientes pelas partes em ativos específicos, preveem as regras para as interações colaborativas e os ajustes das obrigações das partes ao longo do tempo, objetivando limitar os riscos do comportamento oportunista<sup>197</sup>.

Por essa perspectiva, o contexto influencia o texto, ao passo que o número maior de agentes celebrando contratos similares também é fator que aumenta as opções de interpretação. Desse modo, havendo baixo grau de incerteza, em contratos de escala (elevado número de agentes), as principais escolhas sobre *design contratual* são feitas coletivamente, por intermédio de organizações comerciais ou de outras entidades coletivas, tendo em vista o desconhecimento das Cortes generalistas sobre a melhor solução, enquanto há uma comunidade substancial de agentes que conhece as práticas adotadas<sup>198</sup>.

Por outro lado, em um cenário de alto grau de incerteza e contratos de escala, organizam-se formas coletivas para resolver os problemas, especialmente os riscos que só podem ser tratados em conjunto por todos os agentes, visto que tanto as Cortes generalistas quanto os *insiders* não têm certeza sobre as soluções a serem adotadas. Contudo, em um contexto de alto grau de incerteza, mas escala moderada, que se caracteriza por um elevado número de transações complexas com aspectos comuns, mas em que cada transação revela idiosincrasias e os aspectos comuns mudam rapidamente, a alternativa é a especialização das Cortes, que restabelecem a importância do contexto. Assim, transfere-se o foco da discussão entre a alocação de riscos *ex ante* (teoria textualista) e a adjudicação *ex post* (teoria contextualista) para voltar a atenção à ampla variedade de práticas de contratação, de modo a propor inovações no *design* dos contratos<sup>199</sup>.

Essa perspectiva de que a responsabilidade pelas dificuldades enfrentadas na interpretação (o que se estende também à integração) dos contratos não pode ser atribuída exclusivamente ao adjudicador, e às escolhas hermenêuticas quando o litígio já se iniciou (*ex post*), mas deve ser compartilhada com aqueles que elaboram o contrato, à medida que são apontadas ferramentas do *design* contratual, pelo menos para acordos entre partes sofisticadas, uma vez que envolvem custos elevados, é uma crítica que pode ser transposta para a realidade jurídica brasileira. Assim, na formulação do contrato, é possível e salutar,

---

<sup>197</sup> GILSON, Ronald; SABEL, Charles; SCOTT, Robert. Text and context: contract interpretation as contract design, cit., p. 23-67.

<sup>198</sup> GILSON, Ronald; SABEL, Charles; SCOTT, Robert. Text and context: contract interpretation as contract design, cit., p. 67-75.

<sup>199</sup> GILSON, Ronald; SABEL, Charles; SCOTT, Robert. Text and context: contract interpretation as contract design, cit., p. 67-75.

porque implica segurança e previsibilidade, direcionar conclusões interpretativas, consoante os riscos envolvidos (diretamente relacionados ao grau de incerteza) e o número de partes que compõem aquela relação jurídica. Antes de nos debruçarmos sobre o papel que as regras interpretativas e integrativas devem assumir em termos de *design contractual* no sistema jurídico brasileiro, impõe-se ainda traçar como a integração de contratos paritários seria empregada no ordenamento jurídico nacional, especialmente no contexto de contratos voluntariamente incompletos.

#### **4.1.4 Técnica para integração de contratos paritários**

Embora as hipóteses de integração não se limitem aos contratos incompletos<sup>200</sup>, uma vez que a lacuna pode ser também involuntária, trata-se de solução apontada pelas próprias partes, privilegiando a autonomia privada. A construção do regulamento contratual por fontes heterônomas, como impõe a atividade integrativa, sobretudo fora do contexto do contrato incompleto, deve ser utilizada com reservas, na medida em que desafia a liberdade de iniciativa garantida constitucionalmente (art. 1º, inciso IV, e art. 170, *caput*). Inexistindo prévia definição pelas partes, as lacunas serão preenchidas pelas regras dispositivas (*default rules*), estabelecidas pelo ordenamento jurídico como aplicáveis na ausência de disposição expressa dos contratantes em sentido contrário. Às partes assiste também a prerrogativa de, diante da ocorrência de evento não contemplado no contrato, adaptar o negócio mediante novo acordo, evitando o fim da relação, como se observa nos instrumentos que preveem as cláusulas de *hardship* e de renegociação<sup>201</sup>.

Outra alternativa é a colmatação do contrato pelos usos e costumes, nos termos do art. 113 do Código Civil, perquirindo-se o que fariam os contratantes ativos e probos naquela situação a partir da ideia básica da finalidade do negócio, tendo-se, porém, em conta que nem sempre há usos e costumes que podem ser invocados, até mesmo por não serem suficientemente institucionalizados. Por fim, desponta a solução da integração pelo terceiro adjudicador, juiz ou árbitro, que deve atuar com parcimônia, sob pena de impor obrigação não expressamente contratada, neutralizando o risco assumido pelo agente econômico<sup>202</sup>.

<sup>200</sup> A respeito, remete-se o leitor para o tópico 3.3.

<sup>201</sup> Cf. FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais*, cit., p. 299-305.

<sup>202</sup> Nesse sentido, FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais*, cit., p. 299-305. Acerca das regras dispositivas, a comercialista acentua que devem estipular o que as partes teriam normalmente contratado, atentando ao que usualmente ocorre em situações semelhantes, de modo que, poupando esforços das partes nas negociações, proporcionam uma diminuição dos custos de transação. Enquanto solução para a incompletude, a jurista ainda apresenta a atribuição voluntária de poder decisório a terceiro ou a uma das

É necessário ter em conta que, do mesmo modo que a atividade judicial de interpretação do contrato não é meio para fazer valer o interesse público quando este esteja em contraste com a decisão contratual dos agentes econômicos, a integração, embora introduza efeitos não desejados pelas partes no regulamento contratual, só pode ser invocada na hipótese de efetiva lacuna e sempre de modo a garantir que o negócio possa realizar-se adequadamente, buscando a realização de sua função econômica reconhecida pelo mercado. O adjudicador, portanto, não pode “modificar o contrato e fazer derivar dele consequências contrárias à composição de interesses em que as partes fundaram a operação”<sup>203</sup>, sendo a integração aplicada de forma subsidiária à autonomia privada, e não em conflito com ela.

A boa-fé, já tratada como ferramenta de interpretação, também servirá à integração contratual, criando deveres laterais de conduta derivados de uma lacuna teleológica ou axiológica, cujo preenchimento é imprescindível para o próprio alcance do fim contratual objetivamente considerado<sup>204</sup>. Especialmente na esfera do Direito Empresarial, as condutas obrigatórias para as partes, que correspondem aos deveres de colaboração, deverão ser objetivadas pelo mercado (aquilo que normalmente ocorre a ponto de gerar legítima expectativa), o que confere segurança e previsibilidade para o agente econômico.

#### ***4.1.5 O papel das cláusulas de interpretação e integração contratuais na equalização da assimetria informativa***

De modo geral, a fim de assegurar um ambiente de segurança e previsibilidade jurídica, é preferível que as partes sofisticadas dediquem-se à elaboração do contrato, seja pela indicação de parâmetros de interpretação na etapa inicial da contratação (*front-end*) ou ao final (*back-end*), optando por uma redação precisa ou vaga, conforme o cenário de incerteza e de multiplicidades de agentes que se afigura no momento da celebração do contrato, e que se submetam à solução futura imposta pelo adjudicador, que nunca

---

partes, o que já se mencionou aqui ser técnica utilizada nos contratos incompletos, ressaltando que não há que se falar em cláusula puramente potestativa, na medida em que seus efeitos não dependem unicamente da vontade de uma das partes, mas, igualmente, de circunstâncias objetivas relacionadas à busca do êxito do empreendimento comum. Quanto à boa-fé objetiva, será abordada mais adiante.

<sup>203</sup> É a lição de ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 169-177.

<sup>204</sup> Nesse sentido, WIEACKER, Franz. *Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1956. p. 24-25. Também FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais*, cit., p. 308-311, reconhece o importante papel da boa-fé objetiva de substituir a lógica oportunista, *advantage-taking* por outra colaborativa, em prol do objetivo comum. No entanto, devem-se observar as circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual, a fim de evitar que os julgadores se utilizem dessa cláusula geral para justificar decisão, na verdade, que avilta a legítima liberdade de contratar.

conseguirá antever exatamente o que as partes desejariam por sua própria decisão, implicando custos inerentes ao litígio.

Por essa perspectiva, os termos vagos podem delegar certas definições, reduzindo os custos por ocasião da conclusão do contrato e postergando sua especificação. Trata-se de uma legítima decisão do agente econômico ativo e probo, que decide assumir os riscos inerentes a tal escolha. Pelo *design* contratual, as partes também poderão definir regras procedimentais para eventuais litígios no contrato, como regras de ônus da prova, inclusive se a interpretação deverá seguir a linguagem padrão ou a linguagem técnica, o que redundará em legitimidade da decisão proferida pelo terceiro adjudicador, visto que haverá maior participação das partes na construção da deliberação<sup>205</sup>.

Tal doutrina revela, assim, uma preocupação imediata com segurança e a previsibilidade, e a redução de custos de transação, na esteira da análise econômica do Direito, e um escopo mediato de prestigiar a autonomia privada. Voltando-se agora ao cenário nacional, há duras críticas às regras previstas no Código Civil de 2002, que influenciam a interpretação dos negócios empresariais (arts. 112, 113, 114, 157, 421, 422, 423 e 424), uma vez que, como foram elaboradas antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, dirigem-se mais para proteger o elo final da cadeia produtiva do que o fluxo das relações comerciais, ainda que a jurisprudência tenha procurado compreendê-las à luz dos princípios próprios do Direito Empresarial<sup>206</sup>.

A propósito das supostas ingerências negativas do Poder Judiciário, desequilibrando o pacto inicialmente firmado entre as partes contratantes, foi editada a Lei n. 13.874/2019, a partir da Medida Provisória n. 881/2019, instituindo a “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica” e transformando em direito posto, conquanto incorrendo em certas impropriedades, aspectos já derivados da autonomia privada, da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, como o disposto nos incisos V e VIII do art. 3º<sup>207</sup>. Destaque-se a inserção

<sup>205</sup> Apresentando de maneira original tais ideias, e associando-as como um modo de antecipar o litígio, SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Anticipating litigation in contract design*, cit., p. 816-839.

<sup>206</sup> Nesse sentido, FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais*, cit., p. 255-257.

<sup>207</sup> “Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: [...] V – gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, *para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada*, exceto se houver expressa disposição legal em contrário;” (grifos nossos). Neste ponto, destaque-se que a parte final deve ser interpretada como disposição legal cogente, uma vez que, caso as partes disponham contrariamente a regras dispositivas, prevalecerá a manifestação de vontade das partes, o que é ainda mais relevante no âmbito empresarial, em que predominam a informalidade e a atipicidade, como já observado. “VIII – ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, *de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado*, exceto normas de ordem

do parágrafo único no art. 421 do Código Civil, nos seguintes termos: “Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”; bem como do art. 421-A, que dispõe presumirem-se os contratos civis e empresariais paritários e simétricos, com a definição da alocação dos riscos pelas partes contratuais, que podem dispor, dentro de sua liberdade negocial, sobre a interpretação dos ajustes por elas firmados.

Verifica-se, neste ponto, um balanceamento com o *caput*, que prevê a função social do contrato, estabelecendo a revisão contratual como medida excepcional; ainda que se pudesse aventar que tal alteração é deletéria, porque, sendo o Código Civil norma geral, contempla relações também entre partes não paritárias, tem-se que a solução metodologicamente mais acertada é que as normas especiais, como o inciso V do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, contemplem as situações específicas que requeiram um tratamento diferenciado. Essa alteração legislativa permite, em certa medida, reparar a crítica acima descrita da doutrina comercialista sobre a impropriedade das regras interpretativas do Código Civil para as relações empresariais<sup>208</sup>.

Portanto, mesmo em âmbito legislativo, observa-se uma predisposição à aceitação de incluir balizas interpretativas e integrativas, pelas próprias partes, quando da conclusão do contrato. Embora a doutrina nacional não aborde o tema específico do *design* contratual, reconhece, por exemplo, que aqueles que redigem o contrato parecem não atentar ao fato de que o elemento a ser considerado pelo terceiro adjudicador na compreensão da intenção comum das partes é, ao menos em um primeiro momento, o instrumento contratual, razão pela qual se deduz a importância de as partes tentarem talhar ali todos os aspectos de sua manifestação de vontade<sup>209</sup>.

Ademais, justamente pela necessidade de assegurar a liberdade das partes de tomar suas decisões negociais, no jogo concorrencial, o “princípio da preservação dos contratos”

---

pública; [...]”. Aqui, é preciso notar que a norma de ordem pública, embora viole objetivos fundamentais e o interesse público, não pode ser afastada por nenhuma das partes, em redação aprimorada em relação àquela da MP n. 881/2019.

<sup>208</sup> Especificamente sobre o *design* contratual, e a possibilidade de as partes preverem regras de interpretação e integração no contrato, a inserção do art. 480-A na seção do Código Civil sobre a resolução por onerosidade excessiva não foi mantida na conversão em lei da MP, *in verbis*: “Nas relações interempresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação de requisitos de revisão ou de resolução do pacto contratual”. Também não foi mantido o art. 480-B, que cuidava de aspectos implícitos ao Direito Empresarial, norteado pela livre-iniciativa e pela livre concorrência, seguindo, portanto, parâmetros de mercado, *in verbis*: “Nas relações interempresariais, deve-se presumir a simetria dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles definida”.

<sup>209</sup> Nesse sentido, FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais*, cit., p. 245, reconhece a importância do preâmbulo contratual.

deve ser aplicado com reservas: na hipótese de as partes não terem, de maneira deliberada, investido terceiro no poder de complementar os termos do acordo, presume-se que assumiram o risco de sua resolução por ausência de futuro consenso<sup>210</sup>, formatando igualmente a solução *ex post* quando da elaboração do contrato. Não se visualizando óbices na jurisprudência dominante, visto que corrobora o *pacta sunt servanda* entre partes sofisticadas<sup>211</sup>, o caminho está aberto para que os redatores dos contratos insiram regras de interpretação e integração, ou mesmo procedimentais, no *design* contratual.

#### **4.1.6 Síntese**

A partir da análise do ferramental tradicional utilizado e das novas tendências do direito-americano, inclusive do *design* contratual, tem-se uma nova perspectiva sobre a interpretação e a integração dos contratos empresariais. O enfoque normalmente dirigido ao adjudicador, sobretudo ao Poder Judiciário, e às críticas a uma interferência que se entende indevida, foi deslocado para as partes contratantes e aqueles juristas que as auxiliam na redação do contrato, reconhecendo sua possibilidade de influenciar de forma determinante nos litígios futuros por meio de definições (ou omissões deliberadas) a serem formalizadas no instrumento contratual.

O problema da dupla contingência sempre dificultará para o terceiro, quando não entre as próprias partes, compreender plenamente as aspirações dos contratantes, inclusive porque formuladas em outro momento, competindo aos redatores do contrato, ao avaliar o cenário de riscos e os custos de transação daí decorrentes, definir sua melhor alocação, seja com cláusulas *front-end* (sendo os termos mais precisos) ou cláusulas *back-end* (opta por conceitos vagos a serem posteriormente completados), sendo-lhe ainda possível firmar contratos incompletos, nos quais há voluntariamente lacunas a serem futuramente preenchidas, conforme determinações assentadas no contrato. O terceiro adjudicador, ao interpretar o contrato em momento futuro, deve sempre seguir a regulamentação contratual firmada entre as partes empresárias, segundo uma análise objetiva de sua função econômica, sendo, assim, sua discricionariedade limitada pelo exercício da autonomia privada pelos contratantes.

---

<sup>210</sup> Conforme FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais*, cit., p. 304.

<sup>211</sup> Cite-se, por todos, REsp 1799627/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23.04.2019, DJe 09.05.2019.

Ao interpretar e integrar o contrato paritário, deve-se ter sempre em mente, além do peso da autonomia privada, algumas presunções que orientam sua compreensão como o escopo de lucro dos agentes econômicos, ainda que possam realizar uma jogada equivocada; que os atores do mercado são ativos e probos, agindo dentro da normalidade do mercado; bem como que o ambiente negocial deve privilegiar a segurança e a previsibilidade jurídicas, ao mesmo tempo que tutela as legítimas expectativas, de molde a reduzir os custos de transação.

Da situação sinalagmática que se presume no momento da conclusão do contrato extrai-se que cada contratante assume os riscos próprios de sua prestação, dentro da álea normal, o que impõe ao julgador concretizar o *pacta sunt servanda*, salvo situações que denotem que a conduta da contraparte gerou legítimas expectativas, segundo a prática comercial, que devem ser prestigiadas pelo Direito. Além disso, o direito posto relacionou a boa-fé aos usos, de maneira que estes lhe conferem maior previsibilidade, uma vez que tornam objetivável a expectativa do destinatário da manifestação negocial.

No entanto, ainda que o adjudicador mostre-se consciente do seu papel conforme as balizas definidas pelo Direito Empresarial, é salutar que as partes sofisticadas direcionem as conclusões interpretativas, dedicando-se à indicação de parâmetros no momento da elaboração do contrato, mesmo que seja uma opção por conceitos vagos e cláusulas de *back-end*, definindo ainda regras procedimentais para eventuais litígios no contrato, como regras de ônus da prova, inclusive se a interpretação deverá seguir a linguagem padrão ou a linguagem técnica, de modo a promover maior segurança e previsibilidade. Ainda que haja hipóteses de incompletude contratual, nas quais as partes atribuem voluntariamente o poder decisório a terceiro, este deve ter sempre em conta que tal delegação não importa poderes de fazer derivar do contrato consequências contrárias à composição de interesses das partes, visto que a integração (e com maior razão a interpretação) é sempre subsidiária à autonomia privada.

#### **4.2 Da cláusula aberta da boa-fé objetiva**

A fim de investigar a existência e o âmbito de aplicação do dever de informar, e uma vez delimitada a esfera de atuação da reticência dolosa, impõe-se analisar quais deveres podem ser extraídos da boa-fé objetiva, atualmente plasmada no art. 422 do Código Civil brasileiro, enquanto *standard* jurídico ao qual cada pessoa deve ajustar sua conduta, “agindo

como faria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade”<sup>212</sup>. Ressalte-se, por oportuno, que uma tal definição com a utilização de vários conceitos indeterminados parece pouco útil para o preenchimento da referida cláusula geral. Contudo, mais importante que uma definição cerrada, que não se coaduna com a complexidade da sociedade atual, é extrair, de modo científico, quais são suas consequências, uma vez reconhecido seu caráter jurídico e, portanto, vinculante.

Nessa esteira, são extraídos diversos deveres laterais e de proteção a partir da boa-fé objetiva, dentre os quais o dever de informar<sup>213</sup>. Faz-se necessário, porém, retomar sua origem e justificação para verificar se e de que modo seria aplicável no direito brasileiro, bem como definir sua extensão. Para tanto, desponta como adequado retomar seu desenvolvimento no sistema jurídico alemão, onde ocorreu de forma pioneira, inclusive na fase pré-contratual, sob o instituto da *culpa in contrahendo*, espreado-se para outros ordenamentos jurídicos, como o português. Com isso, será possível analisar as especificidades no direito brasileiro, sobremaneira sua aplicação pelos Tribunais, e propor um modelo que não apenas se conforme às exigências da boa-fé objetiva como também não reduza desproporcionalmente (ou mesmo elimine) a autonomia privada.

#### **4.2.1 Da origem dos deveres informacionais decorrentes do § 242 do BGB**

Embora o legislador alemão tenha inserido um dispositivo obrigando o devedor a cumprir a prestação conforme a boa-fé objetiva, em atenção às exigências dos costumes do tráfico<sup>214</sup>, o que, segundo uma interpretação histórica e do texto da lei, trata apenas da forma de execução da obrigação (*Erfüllungsinteresse*), a jurisprudência e a doutrina germânicas reconheceram sua aplicabilidade também ao credor e a todas as relações jurídicas, devendo ser, assim, fundamento de deveres de proteção, que amparam outros interesses da esfera jurídica do favorecido (*Rücksichtsinteresse*). Desse modo, o § 242 do Código Civil alemão (BGB) foi, tradicionalmente, compreendido como porta de entrada para construções

<sup>212</sup> Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 264, citando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>213</sup> Cite-se, entre todos, MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*. 4. reimpr. Coimbra: Almedina, 2011. p. 546-631.

<sup>214</sup> Transcreva-se o § 242 do BGB, no original: “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”.

jurisprudenciais (*Rechtsfortbildung*<sup>215</sup>), caracterizando a influência de valores éticos no Direito<sup>216</sup>.

A esse respeito, LARENZ<sup>217</sup> defendia, antes da Lei de Modernização do Direito Obrigacional alemão de 2002, que a boa-fé objetiva não representa uma fórmula vazia, mas um conceito a ser concretizado, em última análise, pelo juiz, que deve pautar sua decisão em “requisitos de justiça geralmente aplicáveis”, a partir dos princípios gerais do ordenamento jurídico, a consciência do que seja Direito e a compreensão de lealdade do povo ou dos círculos de envolvidos (por exemplo, comerciantes, artesãos ou agricultores) e numa jurisprudência continuada até um determinado grau quando a boa-fé, finalmente, encontra-se concretizada. Apenas quando essas ferramentas não permitem uma decisão mais segura, especialmente em hipóteses limítrofes, que não podem ser enquadradas nos grupos de casos conhecidos, deve o juiz decidir sozinho, com base em sua experiência judicial, exigindo-se fundamentação mais detalhada, pela qual se demonstra como a implementação do conteúdo geral da cláusula da boa-fé objetiva deve ocorrer nas circunstâncias especiais do caso sob análise.

---

<sup>215</sup> Esse termo revela-se de difícil tradução para a língua portuguesa, uma vez que representa uma figura que não encontra correspondência no ordenamento jurídico brasileiro. Não se trata, portanto, nem de jurisprudência (*Rechtssprechung*), nem de ativismo judicial. Segundo RÜTHERS, Bernd; FISCHER, Christian; BIRK, Axel. *Rechtstheorie*. 9. Auflage. München: Beck, 2016. p. 442-443, *Rechtsfortbildung* corresponde a uma segunda fase no modelo de aplicação do Direito, superadas as possibilidades de interpretação em sentido geral, ou seja, o intérprete deve primeiro buscar a finalidade da norma perseguida pelo legislador, valendo-se de ferramentas auxiliares como o texto da lei, a interpretação sistemática e o histórico de sua origem. Contudo, caso se verifique que, entre o momento da edição da lei e sua aplicação, mudanças de caráter tecnológico, econômico, social e jurídico ocorreram, de modo que a finalidade histórica da norma se tornou inútil ou inacessível, ou os valores a ela subjacentes foram substancialmente alterados, os juízes devem, de forma excepcional, recorrer a essa possibilidade de construção jurisprudencial (*Rechtsfortbildung*), seguindo o método correspondente. Dessa maneira, o juiz deve, na fundamentação, definir se e em que medida ele considera a valoração de interesses original do legislador como aplicável, não lhe sendo permitido conferir outra finalidade à norma, que ele venha a considerar “razoável”, a partir da situação presente. Ademais, deve deixar claro tratar-se de fixação judicial do Direito (*richterliche Rechtsetzung*) *praeter* ou *contra legem*. Acrescente-se a importância desse método jurídico para o preenchimento de cláusulas gerais (*Rechtsfortbildungsfunktion der Generalklauseln*), consoante KRAMER, Ernst A. *Juristische Methodenlehre*. 6. Auflage. Bern: Stämpfli Verlag, 2019. p. 84. Nesse sentido também: SCHUBERT, Claudia. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Band 2. Allgemeiner Teil. 8. Auflage. München: C. H. Beck, 2019. Online version. BGB § 242, Rn. 22-24, quando anota que a jurisprudência vale-se do § 242 se a decisão não puder se basear no texto legal ou na interpretação teleológica de outras normas, o que não se limitaria apenas ao preenchimento de lacunas, mas serviria inclusive para a correção da lei existente, conferindo uma função dinâmica para o sistema jurídico. Nesta última função, porém, o Poder Judiciário, como defendido por E. KRAMER, deve enquadrar-se, consistentemente, no sistema jurídico existente e não poderá agir arbitrariamente, seja pelo compromisso judicial assumido com a lei e a ordem, seja enquanto expressão de autocontrole diante da separação de poderes.

<sup>216</sup> Nesse sentido, LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*. 17. Auflage. München: C. H. Beck, 2019. p. 27-28. Advirta-se que aqui não se trata da diferenciação entre *Erfüllungsinteresse* e *Vertrauensinteresse*, que fundamenta as categorias *positive Interesse* e *negative Interesse*, respectivamente.

<sup>217</sup> LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Erster Band. Allgemeiner Teil. 14. Auflage. München: Beck, 1987. p. 126-127.

Sem adentrar nas críticas que um modelo aberto, assim desenhado, pode ensejar<sup>218</sup>, observa-se que essa jurisprudência reiterada permitiu a formulação de grupos de casos, o que confere alguma segurança jurídica à aplicação da boa-fé objetiva, na medida em que permite um tratamento igual a outros casos e parâmetros mínimos para o desenvolvimento futuro desse conceito abstrato. Sendo assim, os grupos de casos podem ser apresentados segundo uma tríplice divisão: princípios norteadores do desempenho da prestação, especificando as obrigações assumidas conforme as circunstâncias do caso concreto; recusa ou restrição, fundamentação ou ampliação dos direitos e deveres, tendo em vista situações especiais; e limitações materiais da autonomia privada, quando há quebra do equilíbrio contratual<sup>219</sup>.

Os deveres de informar, por exemplo, enquadram-se no primeiro grupo, quando decorrentes da boa-fé objetiva, em razão de sua função concretizadora<sup>220</sup> e supletiva. Originalmente, essa função de especificar a obrigação assumida recaía apenas sobre a prestação principal, como aspectos sobre o tempo e o lugar de seu cumprimento, sem, porém, ser capaz de fundamentar o surgimento de tal obrigação (prestação principal). Posteriormente, da relação obrigacional existente entre as partes, em cotejo com o disposto no § 242 do Código Civil alemão, passaram a serem extraídos também deveres laterais relacionados à prestação (*leistungsbezogenen Nebenpflichten*), sem correspondente exposto na lei ou no contrato, na medida em que se reconheceu que aquele que se obriga a uma prestação deve envidar todos os esforços para atingir os resultados por ela visados, ao mesmo

---

<sup>218</sup> Severas são as críticas de RÜTHERS, Bernd; FISCHER, Christian; BIRK, Axel. *Rechtstheorie*, cit., p. 349-363, que associam a teoria do conceito geral concreto de LARENZ, também aplicável à boa-fé objetiva, a um dos pilares do nacional-socialismo. Naquele período, especialmente no começo, a perversão da ordem jurídica deu-se por sentenças judiciais, amparadas por parte da doutrina, que remodelava diversos ramos do Direito por meio da interpretação das normas conforme a nova ideologia então dominante (p. 351-2). Sobre as dificuldades do preenchimento de cláusulas gerais, conceitos indeterminados e os limites do Direito Civil Constitucional no Brasil, remete-se o leitor a VIEGAS, Carolina Castro Costa. *Dos limites do direito civil constitucional: uma análise a partir da cláusula geral da boa-fé objetiva*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

<sup>219</sup> SCHUBERT, Claudia. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., BGB § 242, Rn. 4-5; 42; 139-141. A metodologia dos grupos de casos é usada, no sistema jurídico alemão, para outros conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, como a *culpa in contrahendo*: cf. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 547-553.

<sup>220</sup> Sobre a função concretizadora da boa-fé objetiva, LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., p. 130-131, defende que o § 242 do BGB determina ao devedor *cumprir sua obrigação, conforme não apenas a letra do contrato, mas também seu sentido e princípios básicos, e as exigências – não escritas, mas consistentemente reconhecidas do tráfego comercial de acordo com o homem honesto, e o credor pode, por isso, com razão, esperar [tal conduta] dele* (tradução livre). No original: “[...] seine Verpflichtung so zu erfüllen, wie es nicht nur dem ‘Buchstaben’, sondern auch dem Sinne und den Grundgedanken des betreffenden Vertrages und den – ungeschriebenen, aber durchweg anerkannten, Geboten eines Geschäftsverkehrs unter redlich Denkenden gemäß ist und der Gläubiger daher mit Recht von ihm erwarten kann”.

tempo que deve evitar qualquer conduta que possa ameaçá-los<sup>221</sup>. Por fim, eram deduzidos, ainda que não diretamente da boa-fé objetiva, deveres de cuidado e de proteção, na esfera dos deveres não relacionados à prestação (*nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten*), o que terminou por ser positivado, em 2002, com a introdução do § 241, II, no Código Civil alemão<sup>222</sup>. Esse dispositivo, cujo título é “deveres decorrentes da relação obrigacional”, indica sua raiz próxima, consoante decisão legislativa: o próprio vínculo jurídico entre credor e devedor e não o § 242 do diploma civil alemão<sup>223</sup>.

Não se pode perder de vista, neste ponto, porém, que houve grande desenvolvimento do Direito Obrigacional na Alemanha desde a entrada em vigor de seu Código Civil em 1900, por meio da doutrina e da jurisprudência, valendo-se de princípios e cláusulas gerais como a boa-fé objetiva<sup>224</sup>, sobremaneira a partir de lacunas legislativas. Desse modo, ainda que seja possível associar, diante do direito positivo atual, os deveres de proteção, dentre os quais aqueles de informação, à relação obrigacional em si, essa associação, por muitas décadas, dependia fortemente de sua compreensão funcional a partir da boa-fé objetiva (prevista no § 242 do Código Civil alemão). A inserção de um novo dispositivo como o § 241, II, do referido diploma civil<sup>225</sup>, ainda que deva ser utilizado, prioritariamente, pelos aplicadores do Direito como fonte imediata para a extração dos efeitos jurídicos do fato que

<sup>221</sup> A esse respeito, SCHUBERT, Claudia. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 242, Rn. 166, acrescenta que a variedade de situações da vida, bem como dos interesses envolvidos, inviabiliza um regimento completo das obrigações assumidas no bojo do Código Civil alemão, uma vez que nem o legislador nem as partes podem prever todas as ocorrências possíveis. Além disso, há uma predominância de dispositivos abstratos que exigem uma construção jurisprudencial baseada na valoração dos interesses em conflito.

<sup>222</sup> Transcreva-se o dispositivo mencionado: “§ 241 (2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten”. Tradução livre: *De acordo com o seu conteúdo, a relação contratual pode obrigar cada parte a levar em consideração os direitos, bens jurídicos e interesses da outra parte*.

<sup>223</sup> Cf. LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., p. 33. Conquanto o jurista alemão arrole esses deveres como decorrentes da função concretizadora e supletiva da boa-fé objetiva, ressalta que também são um importante fundamento para a especificação da obrigação assumida as regras de interpretação contratual previstas nos § 133 e 157 do Código Civil alemão (semelhantes aos arts. 112 e 113 – em sua redação original – do Código Civil brasileiro).

<sup>224</sup> A esse respeito, ZIMMERMANN, Reinhard. O Código Civil alemão e o desenvolvimento do direito privado na Alemanha. Tradução, revisão e notas Arthur Maximus Monteiro, João Carlos Mettlach, Otávio Luiz Rodrigues Júnior e Jan Peter Schmidt. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: RT, ano 4, v. 12, p. 317-357, jul./set. 2017. p. 329, ressalva a preocupação dos juristas alemães, à época bem diversa do contexto francês por ocasião da edição do *Code Napoleon*, de o BGB vir a engessar a jurisprudência e a doutrina até então com relevante papel na fixação do Direito alemão: “o novo código, receava-se, reduziria o juiz a uma mera ‘máquina de subsunção’ (*Summsuntionsautomat*) e constituiria uma cela de prisão para a doutrina jurídica”.

<sup>225</sup> Segundo SCHUBERT, Claudia. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 242, Rn. 173, a positivação dos deveres de conduta (*Verhaltenspflichten*) representa um desenvolvimento não para o rol que aí se enquadra, mas para a definição das sanções em caso de descumprimento.

a ela se subsume, não retira o vínculo necessário entre deveres laterais e uma compreensão de obrigação complexa<sup>226</sup>, que depende de sua interpretação consoante a boa-fé objetiva.

Ressalte-se que, não obstante as alterações legislativas, ainda hoje, observa-se em comentários ao BGB a existência de deveres de informação extraídos do § 242 (*Auskunftspflichten*) do Código Civil alemão, paralelamente aos dispositivos expressos a esse respeito, consoante estabelecido pela jurisprudência: (i) sempre que houver uma relação especial entre aquele que solicita as informações e a pessoa que deve prestá-las; (ii) essa obrigação for da própria essência da relação jurídica; (iii) em um contexto no qual aquele que deve ser informado não tem conhecimento da situação de modo exculpável; (iv) ao passo que o obrigado a fornecê-la pode cumprir tal mister com certa facilidade (razoabilidade). A avaliação deve ser feita conforme as peculiaridades do caso concreto, considerando-se os diversos interesses contrastantes envolvidos<sup>227</sup>.

Anote-se a esse propósito, segundo lição de LARENZ, anterior à Lei de Modernização do Direito Obrigacional, que a obrigação de informar (ou compartilhar) deriva, por exemplo, a partir da boa-fé objetiva, daquela de prestar contas que nasce para as pessoas que lidam com negócios de terceiros ou assuntos, ao mesmo tempo, próprios e de terceiros. Outra situação que dá ensejo a esse dever é quando, apresentadas determinadas circunstâncias que justificariam um pedido de indenização, aquele que seria obrigado ao ressarcimento deve fornecer à parte prejudicada informações sobre a extensão do dano, sempre que a parte lesada não puder obtê-las de outro modo. Destaque-se, por fim, o dever lateral contratual de informar (*vertragliche Nebenpflicht*), com esteio então no mesmo § 242 do Código Civil alemão, se “a pessoa com direito derivado do contrato não tiver, de forma exculpável, segurança da existência e do escopo de seu direito e, portanto, estiver dependente das informações da outra parte, que pode fornecê-las facilmente” (tradução livre)<sup>228</sup>.

<sup>226</sup> A respeito, cite-se, por todos, na doutrina nacional, COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

<sup>227</sup> Cf. STAUDINGER; OLZEN, Dirk; LOOSCHELDERS, Dirk. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen/ [Kommentatoren § 242 Dirk Olzen]*. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse §§ 241-243. Neubearbeitung. Berlin: Sellier de Gruyter, 2019. Online version. § 242, Rn. 605. Acrescente-se que, embora a jurisprudência não se valha mais dos critérios gerais do § 242 do BGB, ainda não reconhece, como a doutrina, que esse dever apresente, atualmente, maior caráter de direito consuetudinário (Rn. 606). Nesse sentido, igualmente, ao tratar das obrigações de informação de uma pessoa que deve apresentar um inventário de objetos, KRUGER, Wolfgang. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Band 2. Allgemeiner Teil. 8. Auflage. München: C. H. Beck, 2019. Online version. BGB § 260, Rn. 13-20, reconhece que, além dos deveres decorrentes da lei ou do contrato, há aqueles derivados da boa-fé objetiva, recorrendo aos critérios acima apontados para reconhecer a existência de um dever de informação.

<sup>228</sup> LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., p. 139-140. Transcreva-se no original: “[...] der aus dem Vertrag Berechtigte entschuldbarerweise über das Bestehen und den Umfang seines Rechts keine Gewißheit hat und deshalb auf die Auskunft des anderen Teils angewiesen ist, der sie unschwer geben

Da análise dos parâmetros fixados pela doutrina, em momento anterior à atualização do Direito Obrigacional alemão em 2002, e que continuam orientando a fixação das consequências derivadas do § 242, é possível verificar, doutra banda, se a introdução do § 241, II, e do § 311, todos do diploma civil germânico, foi capaz de abarcar, agora de forma expressa, todos os deveres de cuidado e proteção (*Schutz- e Rücksichtspflichten*) derivados da boa-fé objetiva. Esse teste do conteúdo e da extensão dos deveres laterais, acessórios e pré-contratuais, previstos no BGB será realizado no item 4.2.3.

#### **4.2.2 Da fundamentação na culpa in contrahendo**

A positivação dos deveres de proteção, a partir da Lei de Modernização do Direito Obrigacional, refletiu-se também na fase pré-contratual, prevendo o legislador alemão, no § 311, II, do Código Civil, que obrigações decorrentes do § 241, II, daquele mesmo diploma legislativo também poderiam ser extraídas na fase de negociações ou da formação do contrato ou ainda de contatos comerciais semelhantes, sempre que haja a possibilidade de uma das partes influenciar na esfera de direitos, patrimônio e interesses da outra ou lhe os confie. Disso se extrai uma opção legislativa por concentrar esses deveres laterais, não vinculados diretamente ao adimplemento da prestação, no bojo do § 241, II, do Código Civil alemão.

A doutrina, ao tratar, de forma inicial, da *culpa in contrahendo*, posteriormente positivada no referido § 311, II, do diploma civil tedesco, derivava sua origem de um direito costumeiro a partir de uma analogia global dos §§ 122, 179 e 307, todos do BGB<sup>229</sup>, ou do princípio da confiança, amplamente desenvolvido por CANARIS, e que corresponde à expectativa gerada, por ocasião do início de negociações contratuais ou outros contatos

---

kann". Ainda a respeito dos deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva, LARENZ destaca o crescente significado dos deveres de esclarecimento (*Aufklärungspflichten*), que visam proteger o parceiro contratual de ameaças de perda patrimonial, na medida em que se relacionam estreitamente com os deveres de proteção.

<sup>229</sup> O primeiro (§ 122) prevê o dever de indenizar daquele que deu causa à nulidade ou anulabilidade de sua declaração, tanto parte como terceiros, salvo se a pessoa prejudicada sabia o motivo da invalidade ou devesse saber (agiu com negligência). O segundo (§ 179) estabelece a responsabilidade do representante sem poder de representação que deve executar a prestação ou pagar uma indenização à outra parte, salvo se o representado aprovar o acordado. O representante não é responsável se a outra parte sabia ou deveria saber da falta de poder de representação ou se sua capacidade jurídica for limitada, a menos que aja com o consentimento de seu representante legal; a responsabilidade é limitada se o representante não estava ciente da falta de poder de representação. O terceiro (§ 307), por fim, em sua redação anterior à Lei de Modernização de 2002, fixava a responsabilidade daquele que viesse a celebrar um contrato de execução impossível, ainda que parcialmente, sabendo ou devendo saber sobre a impossibilidade da execução, salvo se a outra parte soubesse ou devesse saber sobre a impossibilidade. Todos esses dispositivos compreendem hipóteses de responsabilidade derivadas da quebra da confiança gerada na contraparte.

empresariais, de que cada um dos envolvidos levará em consideração os direitos, bens jurídicos e interesses da contraparte. Havendo uma quebra dessa confiança, desponta o fundamento para a responsabilidade contratual<sup>230</sup>, superando-se, dessa forma, uma limitação da responsabilidade aquiliana, no direito alemão, que não prevê uma cláusula geral de reparação pelos prejuízos causados<sup>231</sup>.

CANARIS já reconhecia que essa responsabilidade, baseada na confiança, além do princípio da proteção do tráfego comercial, que protege a aparência de um direito, também poderia ser derivada do § 242 do Código Civil alemão, na medida em que desse dispositivo decorrem necessidades éticas com conteúdo jurídico, especialmente segundo a regra do *dolus praeteritus* e a proibição de *venire contra factum proprium*<sup>232</sup>. Contudo, nessa hipótese não é possível desenvolver um sistema fixo, já que a determinação de qual conduta se revela de acordo com a boa-fé objetiva depende da correspondente valoração ético-jurídica consoante o caso concreto<sup>233</sup>.

A propósito das obrigações inerentes à fase pré-contratual, derivadas da boa-fé objetiva, incluem-se deveres de esclarecer, como já defendia HILDEBRANDT em 1932<sup>234</sup>, no que foi seguido por CANARIS e BENATTI. HILDEBRANDT extrai de uma série de disposições do Código Civil alemão dois postulados fundamentais: há uma relação entre as partes que se encontram em negociação; e há responsabilidade, por frustrar a confiança da

<sup>230</sup> Cf. LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., p. 59.

<sup>231</sup> A respeito das diferenças entre a responsabilidade extracontratual no Brasil e na Alemanha, bem como os limites específicos desta última, cite-se SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. *Revista Trimestral do Direito Civil*, ano 10, v. 40, p. 139-150, out./dez. 2009. Igualmente apontando as deficiências da responsabilidade aquiliana alemã como impulsionadora da adoção pelos Tribunais da *culpa in contrahendo*, caracterizando *Rechtsfortbildung*, EMMERICH, Volker. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Schuldrecht Allgemeiner Teil II. Band 3. 8. Auflage. München: C. H. Beck, 2019. Online version. BGB § 311, Rn. 38.

<sup>232</sup> Na lição de CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*. München: C. H. Beck'sche, 1971. p. 491 ss. Um dos primeiros requisitos para fazer surgir a responsabilidade baseada na confiança é um fundamento objetivo, caracterizado pelo fato ensejador da confiança, que pode decorrer da aparência de um direito (*Rechtsscheinhaftung*) ou das exigências éticas extraídas do § 242 do BGB. Nesse último caso, destaca-se, sobremaneira, a exceção do *dolus praeteritus*, que permite que a parte prejudicada alegue o dolo da contraparte no momento da formação da situação jurídica levada em juízo, bem como a proibição de *venire contra factum proprium* (comportamento contraditório). Ademais, é necessário que certas características da pessoa em que se deposita confiança sejam preenchidas – além da boa-fé daquele que confia, exige-se que essa confiança esteja assentada em medidas específicas, que podem ser objetivamente confirmadas, como “disposição” ou “investimentos na confiança”, hipóteses em que há assunção de riscos, sendo insuficiente a confiança apenas interna à relação contratual. Por fim, para que aquele em quem se deposita a confiança seja responsável por sua quebra, exige-se que a ele seja imputável.

<sup>233</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, cit., p. 529.

<sup>234</sup> Cf. HILDEBRANDT, Heinz. Erklärungs haftung: ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechts [Review]. *Archiv für die civilistische Praxis*, 136. Bd., H., p. 236-239 (1932): não apenas derivados da boa-fé objetiva, como também pela analogia ou direito consuetudinário fixado pela jurisprudência do *Reichsgericht* (p. 238).

outra parte, daquele que viola um dever de aclaração (*Erklärungspflicht*), o que engloba tanto um dever de verdade como um dever de informação<sup>235</sup>.

Nessa esteira, CANARIS, em obra escrita antes da lei alemã de modernização do Direito Obrigacional de 2002, argumenta que há uma responsabilidade pelas declarações das partes, no contexto pré-contratual, baseada na confiança, com a correspondente compensação dos prejuízos que decorrem da sua quebra, conforme o princípio da “dupla via” (*Zweispurigkeit*), e que não se revela uma solução apriorística, porque pautada em dispositivos legais, como os já citados §§ 122 e 179, II, do diploma civil alemão, além da doutrina da *culpa in contrahendo*<sup>236-237</sup>. A função desses deveres de esclarecimento estaria

<sup>235</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 542. Interessante notar que o dever de informação, que, por um lado, é um dever acessório (talvez melhor designado como dever lateral no Brasil) que compõe um dos grupos de casos da *culpa in contrahendo*, sendo, portanto, dela derivado, de outro, enquanto dever de aclaração, que parece melhor designado como dever de esclarecimento, malgrado as dificuldades de coincidir com outro termo alemão, *Aufklärungspflicht*, desponta como fundamento para o reconhecimento da *culpa in contrahendo* no ordenamento jurídico germânico, em um raciocínio aparentemente circular. Também CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, cit., p. 533, refere-se a HILDEBRANDT ao tratar de *Erklärungshaftung*, defendendo que seu trabalho equipara, corretamente, a declaração errônea com a omissão de uma declaração – que é necessário/exigido para esclarecer a outra parte –, que justificam a responsabilização pelos danos causados, a partir de uma interpretação sistemática da lei e da *culpa in contrahendo*, mas, por outro lado, exclui os casos de violação de “deveres de conservação” (*Erhaltungspflichten*), por incluir-se em problema diverso: a “responsabilidade de ser confiável” (*Anvertrauenshaftung*).

<sup>236</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, cit., p. 532-534. Segundo o jurista, sob o princípio da “dupla via” subjaz a ideia de que não é possível proteger o direito à confiança sem conferir a consequência legal correspondente, no caso, a compensação pelos prejuízos decorrentes da quebra da confiança. Por outro lado, a solução de compensação de danos (*Schadenersatzpflicht*) e não responsabilidade pelo cumprimento (*Erfüllungshaftung*) revela-se mais apropriada, uma vez que a parte que confia é protegida apenas na medida em que sofreu desvantagens economicamente mensuráveis, de modo que nenhum sacrifício maior do que o necessário é imposto à outra parte. Sobre essa diferenciação entre *Erfüllungspflicht* e *Schadenersatzpflicht*, transcreva-se a lição do próprio CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 27, p. 108-124, 2004: “A lei alemã faz uma distinção entre dois diferentes níveis: no primeiro, trata-se de definir se o credor tem direito a uma execução específica ou se o devedor, mediante exceção, está isento da obrigação de cumprimento específico. Em oposição ao direito consuetudinário anglo-americano, que só reconhece o direito do credor a uma execução específica em alguns casos particulares, o direito alemão e outros sistemas de direito civil, inclusive o brasileiro, reconhecem esse direito como fato. Assim, o direito do credor de obter indenização pecuniária em substituição à execução só é relevante nesse segundo nível” (p. 112).

<sup>237</sup> Doutrinadores importantes assentaram a origem da *culpa in contrahendo* na violação de deveres pré-contratuais impostos por lei, em grande medida, porque a jurisprudência reiterada permitiria enquadrá-la no campo do Direito consuetudinário. A respeito, e sem prejuízo de posterior aprofundamento, esclareça-se que sua construção é amplamente atribuída a RUDOLF VON JHERING em 1861, buscando integrar uma lacuna existente no Direito Romano, então aplicável na Alemanha, qual seja, a ausência de responsabilização por danos na hipótese de um contrato nulo. Afasta a responsabilidade extracontratual, que exigiria uma conduta destinada a agredir a esfera de direitos alheia (a autorizar a ação de dolo), defendendo que o prejuízo decorre não da nulidade contratual – fixada em lei –, mas do fato de a parte que tinha conhecimento da nulidade não haver evitado o dano ocasionado a outra parte (o interesse negativo). Ainda que o contrato tenha sido declarado nulo, o que atinge seu escopo fundamental, que é o cumprimento, outros efeitos, considerados acessórios ou secundários, como a indenização, não são atingidos. Numerosos foram os trabalhos que se seguiram discutindo a origem (inclusive a natureza contratual) da *culpa in contrahendo*. Nesse sentido: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 527-545.

correlacionada à proteção do tráfico comercial associada à distribuição do risco, no primeiro caso, e na concretização da boa-fé objetiva, no segundo<sup>238</sup>.

BENATTI, por seu turno, uma vez tendo definido que a finalidade das negociações é a “representação’ preventiva do conteúdo do futuro contrato”, vale dizer, a avaliação de que o instrumento contratual é adequado à realização do resultado prático pretendido, reconhece um dever pré-contratual de elucidação e informações sobre elementos ou circunstâncias que não são ou não podem ser conhecidos, segundo a diligência normal no comércio, delimitado conforme a boa-fé objetiva. A análise sistemática, a partir do Código Civil italiano, revela, contudo, que as obrigações de informação atêm-se, conforme um juízo de relevância, justamente àquelas circunstâncias vinculadas à satisfação dos interesses que a parte razoavelmente pretendia atingir com o contrato firmado, inexistindo um dever geral de comunicar todos seus aspectos, como o motivo, a finalidade e a oportunidade do negócio jurídico<sup>239</sup>.

Os deveres de esclarecimento e aconselhamento (*Aufklärungs- e Beratungspflichten*), que surgem na fase pré-contratual, independentemente de o contrato ser ou não firmado, são o principal grupo de deveres dirigidos à proteção do patrimônio da parte contrária<sup>240</sup>. Com fundamento, desde 2002, na lei, os deveres de cuidado, cuja definição depende do preenchimento da cláusula geral contida no § 241, II, estendida ao momento anterior à formação do contrato pelo disposto no § 311, ambos do Código Civil alemão, assumem diversas formas, que podem ser reunidas em grupos de casos, à medida que é preenchida a cláusula geral prevista naquele dispositivo. Dentre eles, destaquem-se, por oportuno, os deveres de informação, que, de forma peculiar, servem tanto à proteção do patrimônio, bens e direitos da contraparte como à realização do interesse da prestação, extrapolando os limites da *culpa in contrahendo*<sup>241</sup>.

<sup>238</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, cit., p. 534-535.

<sup>239</sup> BENATTI, Francesco. *A responsabilidade pré-contratual (com a correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português)*. Tradução Adriano Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970. p. 50-51 e 57-58. O jurista cita, como expressamente disciplinadas, a obrigação de informar vícios da coisa ou a de impedir que a contraparte confie inutilmente na validade ou eficácia do contrato. Ademais, aponta alguns critérios para determinar outras imposições de comunicação, enquanto expressões do dever de colaboração decorrente da boa-fé objetiva: “a qualidade dos contraentes, a natureza e a importância do contrato, as circunstâncias em que foi estipulado, a existência ou não de relações [prévias] entre as partes, os vínculos de parentesco, de amizade, etc. Além disto, não se poderá prescindir dos usos, do costume corrente, da organização económico-social (é óbvio que o comportamento de um sujeito é valorizado com maior rigor em ordenamentos inspirados em princípios de solidariedade do que nos de tipo individualista)” (p. 58-59).

<sup>240</sup> LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., p. 62.

<sup>241</sup> Nesse sentido, BACHMANN, Gregor. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Band 2. Allgemeiner Teil. 8. Auflage. München: C. H. Beck, 2019. Online version. § 241, Rn. 55-59.

Esses deveres de informação, na fase pré-contratual, foram desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal de uniformização de jurisprudência alemão (BGH), ao reconhecer que aquele que entra em negociações é responsável por falsas informações ou informações deficientes, além de ameaças ilícitas previstas no regime dos vícios de vontade, do que deriva o dever de indenizar a parte prejudicada por culpa na formação do contrato. A intensidade do dever de informar é proporcional às exigências de proteção especial de um indivíduo<sup>242</sup>.

Esse reconhecimento de deveres de informação na fase pré-contratual apenas se aprofundou no decorrer do tempo, tornando-se, atualmente, o cerne da *culpa in contrahendo*, que permite a correção posterior dos contratos através da responsabilidade pelo descumprimento de deveres informativos (por meio da correspondente indenização). Inexistindo um dever geral de informação, no direito alemão, e diante da possibilidade de fixação de regras apenas com alto grau de abstração, é necessário sempre atentar às circunstâncias do caso concreto, que revelam que determinada omissão viola uma obrigação de informar. Para essa formulação, agora nos termos do § 311 c/c § 241, II, ambos do diploma civil tedesco, o BGH reconhece deveres de informação, no curso das negociações, se apenas uma das partes está ciente de circunstâncias especiais, que sabe ou deve saber que são capazes de influenciar a decisão da contraparte, porque a finalidade contratual por esta pretendida pode ser frustrada pelas circunstâncias em questão, e desde que ela também possa legitimamente esperar que tais informações sejam compartilhadas, conforme uma visão do tráfego prevalecente<sup>243</sup>.

Observa-se, portanto, que os deveres de informação podem ser deduzidos tanto do § 242 como do § 241, II, ambos do Código Civil alemão, preferindo-se este último, como norma especial, sempre que se estiver diante de um dever lateral de cuidado (*Nebenpflicht*). Não se exige a formação de uma relação contratual, surgindo deveres para as partes mesmo na fase de negociações ou em outros contatos negociais, na esteira do § 311, que positivou a *culpa in contrahendo*, daquele diploma civil. A dificuldade, porém, de delimitar seu conteúdo e âmbito de aplicação remete a uma análise mais aprofundada de sua natureza

---

<sup>242</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 549-551. Ressalte-se importante diferenciação apresentada a partir de caso decidido pelo BGH, em 28.02.1968, pela qual o fiador enganado, por falta de esclarecimentos no momento da celebração da fiança, pode recusar a efetivação da garantia. Essa responsabilidade pela *culpa in contrahendo* não exige o dolo, de difícil demonstração, para a aplicação do regime de vícios na formação da vontade.

<sup>243</sup> Nesse sentido, EMMERICH, Volker. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 311, Rn. 64-66. Nesse comentário, o jurista critica tal elaboração dos requisitos para um dever de informar, visto que se revela demasiado genérica e sem substância, de modo que apenas é capaz de indicar a direção em que outras ponderações devem mover-se.

jurídica, segundo a doutrina alemã, com suas repercussões nas consequências jurídicas daí decorrentes.

#### **4.2.3 Distinção entre deveres acessórios relacionados à prestação (Nebenleistungspflichten) e deveres laterais (Nebenpflichten)**

Tendo sido abordados os fundamentos para que se reconheça o dever de informar, a partir da boa-fé objetiva, propõe-se analisar sua natureza jurídica, especialmente sob a perspectiva do ordenamento jurídico alemão, de molde a investigar de que modo essa compreensão pode contribuir para o desenvolvimento do direito privado brasileiro. Essas formas variadas que o dever de informar assume, ora como dever acessório à prestação, ora como dever lateral, dirigido, sobretudo, à proteção dos bens, direitos e patrimônio da contraparte, derivam, aliás, da compreensão de que a obrigação não se esgota no cumprimento da prestação principal ajustada pelas partes, mas abarca deveres secundários de cuidado<sup>244</sup>.

Ao tratar da função integrativa do § 242 do BGB, que permitiu o reconhecimento de deveres laterais, posteriormente inseridos no corpo do Código Civil alemão pela Reforma do Direito Obrigacional de 2002<sup>245</sup>, não se pode perder de vista peculiaridades daquele ordenamento jurídico, especialmente fragilidades da lei de responsabilidade civil, cujas exigências para permitir a reparação nem sempre eram preenchidas, gerando injustiças<sup>246</sup>.

<sup>244</sup> A respeito, cite-se LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., p. 3: “Während die Leistungspflichten auf eine Veränderung der Güterlage gerichtet sind, sollen die Schutzpflichten die gegenwärtige Güterlage der Beteiligten vor Beeinträchtigungen bewahren, also ihr Integritätsinteresse schützen”. Em tradução livre: *Enquanto os deveres de prestação visam a uma mudança na situação patrimonial, os deveres de proteção têm como objetivo preservar a situação atual patrimonial das pessoas envolvidas contra danos, ou seja, proteger seus interesses na integridade*.

<sup>245</sup> LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., p. 33: “Die nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten (Rücksichts- oder Schutzpflichten) der Parteien sind früher häufig ebenfalls aus Treu und Glauben abgeleitet worden. Bei der Schuldrechtsreform hat der Gesetzgeber diese Pflichten aber dem § 241 II zugeordnet. Die Schutzpflichten beruhen also nicht unmittelbar auf Treu und Glauben, sondern ergeben sich aus dem Schuldverhältnis. Neben der ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157) ist § 242 aber weiter eine wichtige Grundlage für ihre Konkretisierung”. Tradução livre: *Os deveres laterais não relacionados à prestação (deveres de consideração ou proteção) das partes eram, no passado, frequentemente derivados da boa-fé. Na Reforma da lei das obrigações, entretanto, o legislador inseriu essas obrigações no § 241, II. Os deveres de proteção, portanto, não se baseiam diretamente na boa-fé, mas decorrem da relação contratual. Além da interpretação integrativa do contrato (§§ 133, 157), o § 242 também é uma base importante para sua concretização*.

<sup>246</sup> Sobre as fragilidades da lei de responsabilidade civil alemã, que levaram ao desenvolvimento de obrigações pré-contratuais, ainda que o contrato não viesse a ser concluído, cite-se EMMERICH, Volker. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Schuldrecht Allgemeiner Teil II. Band 3. 8. Auflage. München: C. H. Beck, 2019. Online version. § 311, Rn. 60. Na mesma obra, § 311, Rn 4, é destacado que a proteção ao consumidor tem sido cada vez mais aprofundada no âmbito da União Europeia, de forma crítica, restando ao BGB ser aplicável apenas aos contratos entre consumidores.

Ademais, revela-se, naquele contexto jurídico, disposição expressa nova, tendo em vista a inexistência de um microsistema consumerista, composto por um quadro normativo desenvolvido para a proteção, de forma geral, da parte hipossuficiente nas relações de consumo, ausente, ainda, a garantia fundamental prevista no inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal do Brasil.

Ainda sob a égide exclusiva do § 242, do BGB, e sob tais premissas, a jurisprudência alemã desenvolveu um grupo de casos, derivado da função concretizadora e integrativa da boa-fé objetiva, composto tanto por deveres laterais do devedor relacionados à prestação (*leistungsbezogenen Nebenpflichten*) quanto por aqueles não relacionados à prestação (*nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten*), neste último caso também denominados deveres de consideração e de proteção (*Rücksichts- oder Schutzpflichten*). Dentre os deveres relacionados ao primeiro grupo, destaquem-se deveres de cuidado e conservação em relação ao objeto da prestação (por exemplo, embalar de forma apropriada o bem vendido), fornecer as informações necessárias a seu respeito, bem como deveres de cooperação<sup>247</sup>.

No Direito Civil brasileiro, *pari passu* com o reconhecimento da normatividade da boa-fé objetiva e dos deveres dela decorrentes, fundamental foi a compreensão da obrigação como um processo, visto que todos os seus elementos singulares são integrados com vistas ao alcance do fim do negócio, devendo os contratantes colaborar para seu alcance<sup>248</sup>. Neste passo, é importante ter em mente a finalidade contratual no caso concreto para reconhecer os deveres instrumentais respectivos, e em qual intensidade se apresentam<sup>249</sup>, que serão, sem dúvida, caracterizados como contratuais nos casos de deveres relacionados à prestação

<sup>247</sup> Cf. LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., p. 33. Acrescente-se, segundo a sua lição, que: “Erst recht kann § 242 nicht zur Begründung von Hauptleistungspflichten herangezogen werden. Dies gilt insbesondere bei fehlendem Vertragsschluss. Eine sog. ‘Erwirkung’ kommt hier also nicht in Betracht. Denkbar ist allerdings, dass der Schuldner sich nach § 242 nicht auf die Unwirksamkeit eines Vertrages berufen kann”. Tradução livre: *Sobretudo, o § 242 não pode ser usado para justificar os deveres de prestação principais. Isso vale em especial na ausência de contrato. Um assim chamado “efeito” está, portanto, fora de cogitação aqui. É concebível, no entanto, que o devedor não pode invocar a ineficácia de um contrato baseado no § 242.*

<sup>248</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*, cit., p. 19-22. Preferimos essa denominação à relação obrigacional complexa, englobando tanto deveres principais, acessórios ou laterais das prestações, tal como proposto por NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 98-99, tendo em vista que tal terminologia já é empregada tradicionalmente com outro sentido, como se extrai de VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 13. reimpr. Coimbra: Almedina, 2016. v. I. p. 143-147.

<sup>249</sup> Nesse sentido, BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*. 38. Auflage. München: C. H. Beck, 2014. p. 81: “Ob und in welchem Umfang sich derartige Pflichten ergeben, lässt sich nicht allgemein beantworten; entscheidend sind immer die Besonderheiten des jeweiligen Vertragsverhältnisses und die für seinen Abschluss maßgebenden Erwägungen der Parteien”. Tradução livre: *Se, e em que circunstâncias, esses deveres [acessórios] surgem, não é possível responder genericamente; decisivas são sempre as peculiaridades das circunstâncias contratuais respectivas e a consideração das partes sobre quão decisivo para a sua conclusão [do contrato].*

principal (*leistungsbezogenen Nebenpflichten*). No tocante aos deveres de consideração e proteção, que não estão diretamente relacionados à prestação principal, ainda é acirrada a controvérsia sobre sua natureza jurídica no Direito brasileiro<sup>250</sup>.

#### 4.3 Dever de informar derivado da boa-fé objetiva no direito contratual brasileiro

Ainda que o dever de informar fosse, originalmente, em um contexto formalista e de um sistema jurídico fechado, associado a vícios do consentimento, como o erro e o dolo<sup>251</sup>, adquiriu outros matizes à medida que o Direito passou a ser concebido como um sistema de autorreferência relativa, e não mais absoluta, destacando-se o papel das cláusulas gerais, como a boa-fé objetiva, que permitem o ingresso de valores metajurídicos. Paralelamente, a concepção de relação obrigacional como totalidade e processo<sup>252</sup>, na qual todos os seus elementos singulares são integrados para atingir o fim do negócio, impõe aos contratantes o dever de colaborar para a finalidade contratual, surgindo deveres instrumentais específicos conforme o caso concreto<sup>253</sup>.

<sup>250</sup> A esse respeito, remetemos o leitor aos itens 5.1.1.2 e 6.2.2.3.

<sup>251</sup> É assim que, até o advento do art. 1.137 do Código Civil francês, a jurisprudência daquele país valia-se ora do art. 1.110, que, na versão anterior a 01.10.2016, tratava do erro, ora do art. 1.116, que, naquele período, estipulava o regime do dolo; no entanto, apenas com o reconhecimento de um padrão de conduta leal e proba (conforme a boa-fé objetiva) é que a simples reticência passou a ser assimilada ao dolo. No direito brasileiro, o art. 147 do Código Civil prevê a omissão dolosa, nos mesmos moldes do art. 94 do Código anterior, que, por seu turno, foi inspirado no Esboço de Teixeira de Freitas. Nesse sentido, BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 155-160.

<sup>252</sup> Conforme LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Erster Band. Allgemeiner Teil. 14. Auflage. München: Beck, 1987. p. 26-27, ao tratar da relação obrigacional como um todo, que engloba não apenas pretensão e dever de prestar, mas uma série de deveres de conduta, reconhece que destes decorrem consequências jurídicas concretas. Essa validade normativa é a própria razão de ser do Direito, e deve ser estendida às relações jurídicas e a todos os seus elementos. E arremata: „Dabei stehen diese Elemente – also die verschiedenen Rechte, Pflichten und Zuständigkeiten der an einem Schuldverhältnis Beteiligten – nicht unverbunden nebeneinander, sondern sind sinnvoll aufeinander bezogen. Ihr Zusammenhang beruht einmal auf dem spezifischen Leistungsinteresse des Gläubigers (oder der Gläubiger), das durch dieses Schuldverhältnis befriedigt werden soll; ferner auf der besonderen Art der Leistung und darüber hinaus, bei gegenseitigen Verträgen, auf dem Austauschzweck. *Das Schuldverhältnis ist daher nicht nur eine Summe verschiedenartiger Rechtsfolgen, sondern ein komplexes Sinngebilde, ein sinnhaftes Gefüge*” (grifo nosso). (Tradução livre: *Esses elementos – ou seja, os vários direitos, deveres e atribuições das partes de uma relação jurídica – não são independentes entre si, mas estão significativamente relacionados entre si. Sua conexão é baseada no interesse na prestação específica do credor (ou dos credores), que deve ser satisfeito por meio dessa relação obrigacional; ainda na forma especial da prestação, bem como, no caso de contratos de interesses contrapostos, na finalidade da troca. A relação obrigacional, portanto, não é apenas uma soma de diferentes consequências jurídicas, mas um complexo instituto com sentido, uma estrutura cheia de propósito.*) Ressalte-se que, na nota de rodapé respectiva (n. 39), o jurista alemão rejeita a compreensão da relação obrigacional como um “organismo”, pois não se reproduziria como um ser vivo, por si mesma, mas seria moldada, em parte, pelo comportamento correspondente ou contraditório à obrigação de credor e/ou devedor, bem como, em parte, pelas respectivas normas jurídicas aplicáveis.

<sup>253</sup> A respeito, BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 81.

Não se trata, assim, do dever de informar, enquanto obrigação principal de um ajuste livremente firmado, mas de um dever jurídico – denominado instrumental ou lateral – que deriva da função integrativa da boa-fé objetiva em relação ao conteúdo contratual, e mira a plena realização do programa visado pelo acordo de vontades, enquanto sentido objetivo e econômico-social, a partir de uma compreensão global dos interesses envolvidos. Desse modo, dá-se o reenvio extrassistemático: *standards* comportamentais, valores morais ou diretrizes econômicas são introduzidos no sistema jurídico por intermédio de meio legislativamente hábil – uma cláusula geral, cujo critério de aplicabilidade será concretizado pelo juiz a partir de pautas de valoração que já estão indicadas em outras disposições normativas integrantes do sistema (reenvio), ou são objetivamente vigentes no ambiente social em que o juiz opera (direcionamento), devendo concretizá-las de forma generalizante, de molde a viabilizar a ressystematização desses elementos no interior do ordenamento jurídico. A cláusula geral é a categoria formal que permite a comunicação entre o sistema moral e o sistema jurídico<sup>254</sup>.

#### **4.3.1 Padrões gerais de conduta**

A obrigação de informar pode decorrer de uma lacuna intencionalmente deixada pelas partes contratantes, que firmam um contrato incompleto, hipótese em que os agentes econômicos conseguem manter alguns dados ainda não revelados, ou constitui um dever lateral derivado de uma lacuna teutológica ou axiológica, cujo preenchimento é imprescindível para o próprio alcance do fim contratual objetivamente considerado. Neste último caso, a boa-fé objetiva desponta como mecanismo integrativo do direito contratual<sup>255</sup>, devendo ser compreendida segundo o critério do campo normativo e o da materialidade da situação jurídica subjacente<sup>256</sup>, de modo que a obrigação de informar é mais acentuada para a contraparte em um contrato existencial, ou seja, para o contratante que não tem em jogo interesse relativo à sua dignidade; por outro lado, nos contratos de lucro, ainda que não empresariais, as partes têm deveres de colaboração semelhantes, que atingem de forma mais

---

<sup>254</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 156-160. A boa-fé, contudo, não pode ser reduzida à moral, conforme MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 1173.

<sup>255</sup> Nesse sentido, WIEACKER, Franz. *Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, cit., p. 24-25, arrolando o dever de informação como dever de proteção decorrente da boa-fé objetiva.

<sup>256</sup> Tais critérios são apresentados por MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 518.

restrita sua esfera de autonomia da vontade, prestigiando-se a promoção do tráfico comercial<sup>257</sup>.

A fim de melhor compreender os deveres informativos, importante destacar que a boa-fé objetiva é fonte de deveres jurídicos, que tanto podem estar vinculados instrumentalmente ao dever de prestação (ligados, portanto, imediatamente ao interesse de prestação) como podem ser deveres de proteção, se relacionados ao interesse de resguardo contra danos ao patrimônio ou à pessoa do outro participante da relação jurídica (estando mediadamente ligado ao dever principal). Considerando que o dever de informação, fundamentado em dispositivo legal, como o Código de Defesa do Consumidor, exclui a aplicabilidade da cláusula geral em comento, vislumbra-se hipótese de dever de proteção, por exemplo, em contrato de trespasse, no qual o vendedor deve informar ao comprador que o imóvel utilizado pelo comércio contém irregularidade (a ser sanada) em seu alvará de funcionamento pelos bombeiros, evitando não só prejuízos no campo material como também lesões às pessoas que ali passarão a trabalhar. Normalmente, o que se observa é o dever de informar como dever anexo para possibilitar um adimplemento satisfativo do contrato, o que não pode, contudo, implicar um direito à neutralização dos riscos assumidos pelo agente econômico<sup>258</sup>.

A boa-fé objetiva, que já compunha o ordenamento positivo brasileiro pelo menos desde o art. 131 do Código Comercial de 1850, ainda que com aplicação diversa e mitigada, sempre impôs uma conduta pautada pela lealdade recíproca, independentemente da avaliação anímica do contratante. Trata-se de adotar o comportamento normalmente esperado dos “comerciantes cordatos”, e dos agentes econômicos “ativos e probos em determinado mercado”<sup>259</sup>, que se distancia, portanto, da atitude apontada pela Economia

<sup>257</sup> Conforme MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro: análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 292-307. Com essa dicotomia, é possível delinear um regime protetivo do hipossuficiente, ampliando as hipóteses para além das relações de consumo, ao passo que, pela delimitação proposta, busca-se conferir mais segurança jurídica para os negócios jurídicos em geral. Também JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. (Parecer) Renúncia a direitos contratuais. Dolo e descumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva por parte do beneficiário da renúncia. Não-verificação da pressuposição e desaparecimento da base do negócio jurídico. Anulabilidade da renúncia e restituição do enriquecimento sem causa. In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 87-106 e 99-100.

<sup>258</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 218-219 e 227-228.

<sup>259</sup> Ambas as expressões foram extraídas de FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais*, cit., p. 125, sendo a primeira atribuída a Cairu. Do mesmo modo LARENZ, Karl. LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., p. 125: “Der Grundsatz von ‚Treu und Glauben‘ besagt seinem Wortsinn nach, dass jeder in ‚Treu‘ zu seinem gegebenen Worte stehen und das Vertrauen, das die unerläßliche Grundlage aller menschlichen Beziehungen bildet, nicht enttäuschen oder mißbrauchen, dass er sich so verhalten soll, wie es von einem redlich Denkenden erwartet werden kann”. (Tradução livre: *O princípio da “boa-fé” significa literalmente que todos devem ser fiéis à sua palavra e à confiança que é o fundamento essencial de todos os relacionamentos humanos, não decepcionando nem abusando, que se deve comportar como se esperaria de um homem honesto.*)

como oportunista. Compõe o que podemos denominar padrão geral de conduta (do homem ativo e probo), aspecto de objetivação das relações no mercado, que permite reduzir os custos de transação, uma vez que as partes podem concentrar-se na operação econômica em si, e não em outras especificidades “laterais” do contrato.

Não se pode perder de vista que a atividade empresarial é voltada para a perseguição da vantagem econômica, sendo o contrato um instrumento de formalização jurídica da operação econômica<sup>260</sup>, pelo qual as partes pretendem antecipar consequências para futuras contingências. Esse exercício de futurologia importa, necessariamente, a assunção de certos riscos, no exercício da livre-iniciativa, para o alcance daquele lucro visado, sendo a possibilidade de perdas (que pode ser compreendida como uma jogada equivocada do agente econômico) inerente a um modelo de livre competição. O dever de informar deve ser compreendido nesse contexto, de molde que não pode ser elasticado a ponto de representar um desestímulo à inovação e à busca de maior eficiência no mercado (inclusive pela obtenção de informações). Tais argumentos macrojurídicos – de direito concorrencial – também devem ser considerados pelo direito contratual, como já expusemos.

#### ***4.3.2 Comportamento pretérito das partes***

O dever de informar pode surgir ainda nas fases preliminares ou de negociação, vale dizer, antes que o contrato seja efetivamente concluído, e ainda que nunca haja o encontro de vontades, a *culpa in contrahendo* já prevê deveres de esclarecimento. Trata-se, pois, de comportamento exigível em decorrência da boa-fé objetiva, e que, caso seja inobservado, importará dever de reparar os danos incorridos<sup>261</sup>. Diante da inexistência de um contrato formado, pode-se afirmar que o que gera a legítima expectativa de que a contraparte aja de determinada forma, tornando-se uma conduta exigível, não é apenas o padrão geral de conduta do homem ativo e probo, como também comportamentos adotados pela contraparte ao longo da negociação, que geram confiança na parte prejudicada. A depender da natureza da relação jurídica subjacente, e da proteção que o ordenamento jurídico lhe confere, esse dever surge de forma mais acentuada, como é o caso do direito do consumidor, fundamentado pela cláusula geral da boa-fé na Alemanha, ou pelo próprio direito posto no Brasil.

---

<sup>260</sup> Conforme definição de ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 10-11.

<sup>261</sup> A respeito, MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 549-550.

O princípio da confiança (enquanto proteção das legítimas expectativas) encontra-se coimplicado com o princípio da autonomia privada, em uma relação de potencialização mútua, mas também, persistindo entre eles, uma interdependência escalonada. Se, de um lado, a autonomia privada confere aos indivíduos o poder normativo de criar negócios jurídicos, e por eles vincularem-se, exercendo sua liberdade de escolha e autodeterminação, o que importa a responsabilização pelos seus atos, por outro, o exercício desse direito fundamental ocorre em uma ordem social juridicamente conformada pelo princípio da boa-fé objetiva e pela proteção das legítimas expectativas suscitadas no outro, que é destinatário da declaração negocial. Há uma polaridade dialética, que suscita a análise *in concreto* dos fatos e normas envolvidos para concluir-se qual princípio deverá sobressair em determinado contexto<sup>262</sup>.

O comportamento do contratante, que não se coaduna com a legítima expectativa que nele foi depositada, e a sanção que dele decorre, é uma manifestação direta da confiança como elemento da força obrigatória dos contratos no direito francês. Segundo KENFACK<sup>263</sup>, a confiança pode ser associada com a proibição do *venire contra factum proprium*, que, no nosso direito, é tido como um dos corolários da cláusula geral da boa-fé. O professor da Faculdade de Toulouse apresenta esse conceito, igualmente, como uma forma de contrabalancear a autonomia privada, permitindo reconhecer a responsabilidade aquiliana em caso de ruptura brutal e imprevisível das negociações pré-contratuais. Ao tratar da confiança durante a execução do contrato, apresentou caso no qual a Corte de Cassação reconhece a impossibilidade de um contratante valer-se de cláusula que durante certo tempo ignorou, quando lhe era mais vantajoso, recorrendo à ideia de faltar com sua obrigação de agir conforme os ditames da boa-fé. Observa-se, portanto, que deveres decorrentes da boa-fé assentam-se, em larga medida, em expectativas derivadas da legítima confiança.

Impõe-se, por fim, ressaltar que a proteção da confiança, mesmo por seu viés de sobreposição à boa-fé, não tolhe o agente econômico de adotar certos comportamentos “incoerentes”, mas autorizados pelo ordenamento jurídico, com base na liberdade de

<sup>262</sup> Conforme MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 228-236: “Toda declaração negocial, como ato de autonomia, desde que emanado por pessoa responsável é, de *per se*, fato gerador de confiança no *alter*. A peculiar forma de exercício de autodeterminação no contrato leva a que o destinatário da declaração, ao aceitar a proposta por este formulada, ganhe ‘o direito a confiar genericamente no exato cumprimento da prestação prometida, independentemente da ocorrência de qualquer específico facto gerador de confiança (a credibilidade pessoal do devedor, o seu papel ou função, circunstâncias concomitantes, etc.)’” (p. 230).

<sup>263</sup> KENFACK, Hugues. La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat?. In: BÉNABOU, Valérie; CHAGNY, Muriel (org.). *La confiance en droit privé des contrats*. Paris: Dalloz, 2008. p. 122-125.

escolha, que consistem no exercício do direito ao arrependimento, à renúncia, à resolução, ao distrato, à denúncia, com eventuais consequências desfavoráveis que lhe acompanham – ressarcimento por perdas e danos. Como já mencionado, a tomada de decisão é acompanhada pela responsabilidade decorrente das escolhas efetuadas, que pode consistir em reparar o patrimônio injustamente atingido pela conduta inesperada da contraparte. Deduz-se, a partir de uma aproximação entre a confiança e a boa-fé objetiva, um dever de coerência, nascido a partir da *fides* suscitada por um “investimento de confiança” racionalmente apreensível<sup>264</sup>, do qual alguns deveres informativos podem ser extraídos, com fundamento no vínculo contratual e para seu adimplemento satisfativo (direcionamento de condutas pela boa-fé objetiva), mas independentemente de previsão expressa.

#### ***4.3.3 Do ônus de falar claro***

O dever de informar, mesmo sob a perspectiva da boa-fé objetiva, deve ser justificado a partir de uma análise do padrão geral de conduta do homem leal e probo, bem como pelas legítimas expectativas geradas pelo comportamento da contraparte, sendo que seu objeto é delimitado também por parâmetros derivados da cláusula geral de boa-fé, que se imiscuem com aspectos de cunho moral. Sendo assim, há um dever de ser veraz nas informações que se divulgam, mesmo em face da inexistência de um dever legal ou contratual de informar, proibidas a mentira e a conduta ardilosa, inclusive aquela de fazer crer algo que não existe<sup>265</sup>. Ademais, o dever de informar não se esgota caso a informação seja transmitida de forma truncada ou incompreensível, uma vez que, enquanto dever de colaboração, e sempre que exigível, só será cumprido à medida que a informação for compartilhada de forma transparente e compreensível – trata-se do que se pode chamar de ônus de falar claro.

A nortear o dever de informar, portanto, encontra-se o princípio da transparência, que reclama seja a informação transmitida de forma clara e inteligível. Assim, não basta aferir a pertinência e a utilidade da informação (relevância), mas o conteúdo revelado deve ser capaz de produzir sentido para a parte contrária, sob pena de descumprimento do próprio dever informativo, que não se presta à sua função precípua de esclarecer determinados aspectos da

---

<sup>264</sup> Expressão utilizada por MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 234-236.

<sup>265</sup> Conforme FRADERA, Véra Maria Jacob de. Informar ou não informar nos contratos, eis a questão! In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 231-253.

negociação e da relação contratual à parte contrária<sup>266</sup>. Tendo em vista os direitos protegidos na relação de consumo, ou a lógica dos contratos de adesão, o dever de informar com clareza será ainda mais acentuado nesses modelos contratuais, ao passo que, nas relações paritárias, presume-se certo grau de conhecimento do agente que atua no mercado, bem como é exigido seu empenho em buscar informar-se. Embora louvável a ideia de reduzir custos de transação por meio da disponibilização da informação clara e transparente, não se pode descuidar da eficiência obtida com o estímulo à conduta dos agentes – não hipossuficientes – para captar a informação disponível no mercado, a custos razoáveis.

Neste ponto, interessante delimitar se a obrigação de informar caracteriza uma obrigação de meio – que exige do devedor atuar com prudência e diligência, independentemente dos resultados – ou uma obrigação de resultado – que depende de ser alcançado o fim visado, o que acarreta consequências importantes sobre o ônus da prova. Conquanto FABRE-MAGNAN<sup>267</sup> tenha verificado que doutrina e jurisprudência francesas classificam a obrigação de informação como obrigação de meio, sua proposta é, primeiro, diferenciar a existência da obrigação de informação, que é relativa, a depender de certas circunstâncias, da sua execução. Nesse específico âmbito, é possível distinguir a obrigação concreta de fazer a informação completa alcançar seu destinatário, que caracteriza uma obrigação de resultado, da obrigação de pesquisar a informação exata e completa para transmitir à contraparte, que é uma obrigação de meio. No primeiro caso, a prova do cumprimento é do devedor, que só se exonera na hipótese de força maior, que lhe impeça de comunicar a informação; já no tocante à obrigação de que o credor receba e compreenda a informação, incumbe-lhe demonstrar que o devedor não utilizou todos os meios à sua disposição a fim de transmitir de modo eficaz a informação.

Observa-se, portanto, uma relação imediata entre a intensidade do dever de informar e a da exigência de buscar informar-se, que impactará na clareza e na retidão da informação. Sob a perspectiva do ônus de falar claro, verifica-se, outrossim, que o dever de lealdade, derivado igualmente da boa-fé objetiva, acaba por subsumir-se no dever de informar, à medida que pressupõe a transmissão de informação verdadeira, além de uma postura colaborativa com o interesse do outro contratante. A inobservância do dever de veracidade

---

<sup>266</sup> A respeito, cite-se TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020. Versão online. p. 231-233.

<sup>267</sup> Apresenta-se a proposta de FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats: essai d'une théorie*. Paris: LGDJ, 2014. p. 394-409. A jurista francesa ressalta que as obrigações acessórias podem receber a qualificação de obrigação de resultado, ainda que a obrigação principal seja de meio, como a dos médicos e dentistas. Com isso, o credor da obrigação de informação descumprida poderá obter indenização, mesmo que a obrigação principal tenha sido devidamente executada pelo devedor.

caracteriza a má-fé (estado anímico do contratante diante da ausência de boa-fé subjetiva), e consequentemente o *standard* de comportamento consoante a boa-fé objetiva não se realiza, o que, por si só, deve culminar com as sanções previstas pelo seu descumprimento<sup>268</sup>. Não se pode perder de vista que a falta intencional relacionada à veracidade da informação é mais grave, e deve ser sancionada de modo mais severo, do que não se desincumbir do ônus de prestar a informação de maneira clara e transparente, o que deve ser sopesado, ainda, à luz das consequências daí advindas para o credor da informação.

#### ***4.3.4 Da omissão informativa: uma análise objetiva***

Os deveres acessórios, derivados da cláusula de boa-fé objetiva, decorrem, conforme já pontuado, do reconhecimento da complexidade intraobrigacional, ou seja, o vínculo obrigacional abrange não um simples dever de prestar, mas uma multiplicidade de pretensões para que tudo se passe do modo considerado devido e a fim de que seja atingido seu escopo. Seus contornos não são definidos de forma abstrata, mas concretizados, sobretudo pela jurisprudência, diante das necessidades práticas, destacando-se os deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade. O dever de informar, sob essa perspectiva, obriga “as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir”.<sup>269</sup> Ainda que tal perspectiva se coadune com a relação médico-paciente, como será desenvolvido mais adiante, é preciso ter em conta que a boa-fé objetiva também garante que o devedor empenhe tão somente o esforço razoável, o que se pode associar aos custos envolvidos com a busca pela informação, e ao escopo de lucro da relação material subjacente, amparado pelo sistema jurídico.

Desse modo, e sendo o dever de informar derivado da função integrativa da boa-fé objetiva, deve o intérprete atentar, inicialmente, se a lacuna é intencional, hipótese em que deve privilegiar as formas de integração pactuadas, que envolvem, por vezes, a renegociação contratual (no caso dos chamados contratos incompletos), ou, não sendo intencional, se não há regra legal que colmate a lacuna, completando a regulamentação contratual, o que afasta a invocação da boa-fé, evitando o risco de sua diluição pelo excesso<sup>270</sup>. O dever de informar

---

<sup>268</sup> Nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 542-543.

<sup>269</sup> É a definição proposta por MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 586-594 e 603-606.

<sup>270</sup> Conforme MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 542-543, que nos apresenta uma pluralidade de fontes integrativas, diversas da boa-fé objetiva: “que incluem, conforme o caso, a

desponta nesse contexto residual, quando necessário para viabilizar um consentimento informado na conclusão do contrato ou modificações que alterem, ao longo de sua execução, as condições firmadas entre as partes, sendo sua intensidade variável conforme o campo de atuação da autonomia privada naquela relação jurídica material subjacente específica. Sob essas balizas, de cunho objetivo, pode-se definir quando o dever de informar é descumprido, permanecendo a parte contratante em silêncio; em outras palavras, o que é uma omissão informativa juridicamente relevante.

A informação, que constitui o conteúdo do dever lateral à prestação principal, é marcada pela relacionalidade, vale dizer, a intensidade do dever de informar é relativa à concreta situação, visto que devem ser levadas em conta as presunções que derivam da modalidade de relação estabelecida (se empresarial ou consumerista), da *expertise* que legitimamente se espera do sujeito contratante (leigo ou profissional), bem como pela instrumentalidade, do que se depreende que tal dever visa atingir determinado resultado. Desse modo, e excluindo a hipótese de omissão dolosa, que caracteriza específica hipótese de vício de consentimento, o silêncio será relevante, e redundará em descumprimento da obrigação de informar se, cumulativamente: (i) sendo a informação lícita, sua revelação mostra-se relevante para o consentimento informado, ainda que ao longo da execução do contrato; (ii) a parte credora da informação a ignora, e tal desconhecimento mostra-se legítimo, tendo em vista que cumpriu seu dever de se informar, conforme os usos e costumes do mercado, e não sendo os custos irrazoáveis para obter tal informação; (iii) a parte credora (da informação) demonstra que envidou esforços razoáveis para cumprir seu ônus de autoinformação ou comprova que a relação jurídica subjacente é dotada de especial confiança, ensejando uma conduta mais colaborativa da contraparte<sup>271</sup>.

---

incidência de regras legais cogentes; de norma legal supletiva (atinente aos tipos contratuais, legal ou socialmente tipificados, sendo pois, integrativos de determinada disciplina contratual); de extensão analógica de regras de um contrato legalmente típico para outro atípico, quando possível; do conteúdo das cláusulas contratuais gerais ('condições gerais dos negócios'); ou, ainda, de cláusulas regulamentadoras (como no caso dos contratos bancários ou de serviços regulados pelo Estado, ou ainda, no comércio internacional, por via dos Incoterms); ou por regras da *soft law* (tais como as variadas regras da IBA em arbitragem ou, ainda, por meio de disposições de regulamentos de Câmaras arbitrais, ou de diretrizes contratuais internacionais). Nos contratos atípicos, é particularmente importante a regra do art. 425 do Código Civil, devendo atentar-se, por igual, à chamada 'equidade integrativa', compreendida como 'uma técnica de individuação da disciplina do contrato, a qual, pela peculiaridade da conformação assumida, não seja reconduzível a um tipo legal ou social', nesta tendo especial relevância os usos do tráfico jurídico e as práticas habitualmente seguidas pelas partes''.

<sup>271</sup> A respeito, recorre-se a uma leitura crítica dos critérios apontados por BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil*, cit., p. 231, combinada com aspectos apontados por MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 535, e tudo o mais que foi abordado ao longo dos tópicos anteriores.

## CAPÍTULO 5 – Da obrigação de informar na prática contratual

### 5.1 Análise conforme a fase da relação obrigacional

A tensão entre o princípio da autonomia privada e a boa-fé objetiva, assim como qualquer conflito entre princípios constitucionais, não pode redundar na negação de um deles, mas deve conduzir à sua ponderação diante das peculiaridades do caso concreto, buscando a otimização dos valores em jogo<sup>272</sup>. O que se vem observando, de maneira cíclica, foi um arrefecimento do patrimonialismo e voluntarismo que nortearam o sistema civil ao longo dos séculos XIX e XX, ganhando destaque a boa-fé objetiva e a eticização do direito privado. Segue-se, no momento atual, de uma manobra de reequilíbrio, diante da compreensão dos problemas decorrentes da intervenção judicial em excesso, por meio da aplicação de conceitos abertos e indeterminados, ressaltando-se a relevância de maior espectro de aplicabilidade da autonomia privada, observada a relação jurídica subjacente<sup>273</sup>.

Desse modo, à vista dos parâmetros que norteiam os contratos empresariais – como a necessidade de segurança e previsibilidade e a liberdade assegurada ao agente econômico, presumidamente capaz de deliberar sobre seus negócios –, sendo a jogada errada inerente ao modelo de concorrência, é inapropriada uma percepção hipertrofiada da boa-fé objetiva. Assim, a autonomia privada pode ser exercida em largos quadrantes<sup>274</sup>, sem perder de vista que as partes negociam e entabulam o contrato sob determinadas circunstâncias, que presumem serão consideradas por ocasião de futura interpretação do contrato. Deve, portanto, ser o texto sempre analisado à luz das circunstâncias objetivas que circundam aquele acordo de vontades. Além disso, havendo mais de um sentido passível de ser extraído de determinada cláusula contratual, a boa-fé servirá de critério orientador da hermenêutica;

---

<sup>272</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93-103. A confiança gerada na contraparte não impõe, portanto, que o contratante firme o contrato, independentemente de sua vontade, mas cria obrigações de cooperação e lealdade, em determinados contextos, que impõem, caso inobservadas, o dever de indenizar pelos danos sofridos.

<sup>273</sup> A propósito, destaque-se a Medida Provisória n. 881, de 30.04.2019, convertida na Lei n. 13.874, de 20.09.2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, e alterou dispositivos do Código Civil, buscando estabelecer garantias de livre mercado.

<sup>274</sup> A respeito, WAISBERG, Ivo. Conceito e interpretação dos contratos mercantis. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (org.). *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do direito civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2018. v. 2. p. 603-614, defende que: “[...] o grau dessa autonomia está ligado ao jogo de forças dos contratantes e ao ramo do Direito. Quanto mais regulamentado e protetivo, menor essa autonomia privada. Assim, se fôssemos usar uma escala de 1 a 10, sendo 1 o menor grau de autonomia privada e 10 o maior, poderíamos dizer que no contrato de trabalho a autonomia seria de grau 1-2, no contrato do consumidor de grau 3-4, no contrato civil de grau 5-6 e no contrato comercial de grau 7-10”.

ou seja, o intérprete parte do texto contratual, privilegiando o sentido que prestigia a boa-fé. O que se observa, contudo, é que a boa-fé objetiva é, frequentemente, aplicada desprovida de critério, para um julgamento de equidade, ou como mero adorno retórico, cujas conclusões, se tomadas como proposições gerais, são erradas ou inexatas, levando ainda à indesejável banalização do princípio<sup>275</sup>.

Enquanto derivado da boa-fé objetiva, cláusula geral dotada de alto grau de vagueza semântica, a definição do dever de informar segue uma aplicação sistematicamente orientada, segundo a qual há complementariedade entre sistema e problema, devendo o aplicador do direito desenvolver um pensamento pragmático, operando mediações entre a finalidade da norma, a partir de tópicos como utilidade e interesse, e a decorrência adequada ao caso concreto. Neste passo, assim como a fase da relação obrigacional – compreendida como processo – impacta a forma de atuação da boa-fé objetiva, a tutela da informação, impondo sua revelação pelo negociante ou contratante, diferirá durante as tratativas preliminares, no momento da conclusão contratual, no curso da execução do contrato e posteriormente ao adimplemento ou extinção do vínculo obrigacional.

### ***5.1.1 Das tratativas preliminares***

#### *5.1.1.1 Considerações gerais sobre o fundamento dos deveres acessórios nesta fase contratual*

Na complexa pós-modernidade, os contratos em relações não massificadas, para seu aperfeiçoamento, não se restringem à oferta e à aceitação. Diante dos diversos aspectos a serem definidos nos negócios jurídicos encetados, especialmente empresariais de alto vulto, como na aquisição de sociedades empresárias, ou que envolvam a transferência de tecnologia, a formação contratual dá-se de forma progressiva. No curso das negociações, as partes apresentam-se, em um estágio inicial, com vontades contrapostas, mas dispostas a compor seus interesses, de modo a convergir suas vontades. Podem debruçar-se, inclusive, sobre regras procedimentais, antecipando-se a eventuais futuros litígios e vindo a tecer o

---

<sup>275</sup> Apresentando uma crítica lúcida à jurisprudência brasileira e sua aplicação da boa-fé objetiva, cite-se SCHMIDT, Jan Peter. Dez anos do art. 422 do Código Civil: luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé objetiva na prática judicial brasileira. Traduzido por Bruno Carvalho Dantas. In: GOMES, Elena de Carvalho; MARX NETO, Edgard Audomar; FÉRES, Marcelo Andrade (org.). *Estudos de direito privado: liber amicorum* para João Baptista Villela. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 119-135.

*design* contratual<sup>276</sup>. Nesta etapa ocorre uma intensa troca de informações, a fim de que os esclarecimentos e revelações convençam os negociantes de que devem contratar e revelem quais termos do instrumento serão capazes de proteger seus interesses e de levar à satisfação de seu objetivo, normalmente vinculado a algum ganho financeiro. Ao projetar o negócio, o contratante também entrará em contato com as demais questões relativas à relação contratual, como as obrigações por ele assumidas<sup>277</sup>.

A fase de negociações caracteriza-se, outrossim, pela fluidez e pela incerteza, na medida em que uma das premissas da liberdade contratual é justamente a possibilidade de qualquer das partes não vir a firmar o contrato caso entenda que não atende a seus interesses, sendo tal avaliação de cunho subjetivo. Ademais, as cláusulas, observados os limites legais, serão livremente estipuladas entre os contratantes, não existindo uma regulamentação específica de como devem progredir as negociações, o que se alinha à concretização da livre-iniciativa e da livre concorrência. Os negociantes podem, contudo, resguardar seus direitos, firmando cartas de intenção ou outros documentos que reflitam a situação momentânea das tratativas em curso, o que facilita a prova posterior do que deve ser considerado legítima expectativa sobre a conclusão do contrato. Entretanto, tendo em vista que tais acordos podem ser considerados ajustes vinculantes<sup>278</sup>, ainda que a intenção seja apenas traçar parâmetros para o futuro contrato, importante fazer deles constar a cláusula *subject to contract* ou *not binding until final agreement is executed*, sob pena de responderem as partes por perdas e danos decorrentes do inadimplemento ou mesmo estarem sujeitas à execução específica.

Deve-se ter em mente que a liberdade contratual, mesmo em um cenário de ausência de regulamentação legal quanto à fase de tratativas, deve ser sopesada com a cláusula geral da boa-fé objetiva, a partir de uma compreensão da obrigação como processo, que abarca deveres que não se exaurem no cumprimento da prestação principal, mas visam à plena realização do programa contratual, bem como em atenção ao princípio da confiança, que

---

<sup>276</sup> A respeito da importância de tal engenharia contratual, o que reduz os custos de transação, cite-se SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 856-859, 2006.

<sup>277</sup> Sobre a formação dos contratos, TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020. Versão online. p. 362-366.

<sup>278</sup> Segundo POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 248, a carta de intenção caracteriza um contrato, de modo que seu inadimplemento induz a perdas e danos, sendo cabível ainda a execução específica. A propósito da formação progressiva dos contratos, apontando as espécies de minutas e acordos parciais: “A utilização destas cartas de intenção [...] serve para clarificar as relações negociais e pontificar os avanços ocorridos. A utilização que delas se faz é a mais variada possível, servindo desde para documentar um convite para negociar, até para ratificar os pontos já acordados e não mais passíveis de discussão. Permitem então, uma visão prospectiva do interesse das partes na negociação a ser travada, bem como um enfoque retrospectivo das etapas já ultrapassadas, conforme o caso” (p. 247).

protege a legítima expectativa criada na outra parte pelo comportamento adotado por seu parceiro contratual. É a compreensão da origem, sentido e alcance da boa-fé objetiva que justifica a interpretação ampliativa a ser conferida ao art. 422 do Código Civil, na esteira da doutrina civilista, que, antes mesmo da alteração no diploma civil, reconhecia a boa-fé objetiva como princípio implícito<sup>279</sup>. Ainda que o Código Civil de 2002 não contenha preceito expresso, como o Código italiano<sup>280</sup> ou o Código português<sup>281</sup>, sobre a aplicabilidade da boa-fé objetiva também na fase pré-contratual, as partes que negociam, conquanto não tenham firmado vínculos contratuais, encontram-se em situação de proximidade, que provoca um concitar de confiança que não deve ser frustrada. Tal princípio, imanente ao sistema jurídico, precede e fundamenta a boa-fé objetiva, que valoriza as expectativas geradas pelo comportamento adotado pelas partes, ensejando o cumprimento exato dos deveres assumidos, tendo-se em conta, no exercício dos direitos, os interesses da outra parte, à vista da complexidade interobrigacional<sup>282</sup>.

Note-se que, no direito alemão, no qual Jhering propôs a teoria da *culpa in contrahendo*, em grande medida, como instrumento necessário para solucionar certos casos que não encontravam respaldo na responsabilidade aquiliana, diante da inexistência de cláusula geral de responsabilidade civil, em contraposição ao modelo italiano, francês e brasileiro, a jurisprudência já reconhecia, antes mesmo da Reforma do Direito Obrigacional em 2002, deveres laterais na fase pré-contratual derivados da boa-fé objetiva. Conquanto

---

<sup>279</sup> A respeito, JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *In: Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 176-177: “A boa-fé objetiva constitui, no campo contratual – sempre tomando-se o contrato como processo, ou procedimento –, norma que deve ser seguida nas várias fases das relações entre as partes; o pensamento, infelizmente, ainda muito difundido, de que somente a vontade das partes conduz o processo contratual, deve ser definitivamente afastado. É preciso que, na fase pré-contratual, os candidatos a contratantes ajam, nas negociações preliminares e na declaração da oferta, com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações, etc.”.

<sup>280</sup> É o que dispõe o art. 1.337: “Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”. Tradução livre: *As partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem comportar-se conforme a boa-fé*.

<sup>281</sup> O art. 227, 1, dispõe: “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”.

<sup>282</sup> Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*. 4. reimpr. Coimbra: Almedina, 2011. p. 555-563. “Pela tradição romanística, a boa fé está vocacionada para normatizar [*sic*] as relações entre pessoas específicas e, devidamente reforçada pela prática comercial do século XIX, para reger o tráfego negocial, à míngua de preceitos expressos. Pela sua dimensão sistemática, ela concatena lugares distantes, aproximados pelas exigências ordenadoras de um Direito que, porque positivo e logo efectivo, deve ter um qualquer sentido global” (p. 563).

atualmente haja previsão legal expressa no § 311, II, tais deveres acessórios podem ainda ser extraídos da cláusula geral de boa-fé<sup>283</sup>.

Na França, por seu turno, onde a *culpa in contrahendo* encontrou dificuldade para ser desenvolvida, diante, sobretudo, do enquadramento das situações por ela abarcadas na regra da responsabilidade extracontratual, o art. 1.112 do atual Código francês, introduzido com a Reforma de 2016, mas alterado pela Lei n. 2018-287, tornou expresso o dever dos contratantes de guardarem, também no curso das negociações, uma conduta conforme os ditames da boa-fé objetiva, ainda que se reconheça a liberdade de iniciativa, inclusive para romper as tratativas preliminares. A segunda parte do dispositivo delimita a indenização devida por aquele que inobserva tal conduta, de maneira que não pode coincidir com os benefícios esperados do próprio contrato não concluído nem com a perda de uma chance de obter essas vantagens (interesse positivo)<sup>284</sup>.

Entre os ordenamentos jurídicos analisados, é no Código Civil francês, conforme a Ordenação n. 2016-131, que se observa o dispositivo mais esmiuçado sobre os deveres informacionais na fase pré-contratual – o art. 1.112-1, segundo o qual: “Aquele das partes que conhece uma informação, cuja importância é decisiva para o consentimento da outra, deve informá-la, desde que esta última, legitimamente, ignore esta informação ou confie em seu cocontratante” (primeira parte, em tradução livre<sup>285</sup>). Têm-se, assim, as regras gerais que norteiam a exigibilidade do dever de informar daquele que se colocou em situação negocial: (i) a relevância da informação a ser transmitida, entendida como conexão direta e necessária com o conteúdo do contrato ou com a qualidade das partes (para a própria manifestação da liberdade contratual, visto que pressupõe conhecimento para a tomada de decisão); (ii) o

<sup>283</sup> Conforme lição de BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*. 38. Auflage. München: C. H. Beck, 2014. p. 81. Transcreva-se o § 311, II, do BGB: “(2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte”. Em tradução livre: *Uma relação obrigacional com deveres, segundo o § 241, II, surge também através: 1. do início das negociações contratuais; 2. da iniciação de um contrato, em que uma parte, em relação a uma potencial relação contratual, concede à outra parte a possibilidade de afetar seus direitos, bens jurídicos e outros interesses, ou confiá-los à outra parte; ou 3. contatos comerciais semelhantes.*

<sup>284</sup> A respeito, MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 564-565, destaca as dificuldades da inserção da *culpa in contrahendo* no espaço jurídico francês. Por outro lado, ao interpretar o art. 227 do Código português, anteriormente transcrito (p. 585), o jurista português defende que não há qualquer razão para limitar a responsabilidade do ofensor ao interesse negativo, de modo que ele responde por todos os danos causados, consoante a causalidade adequada, descontadas as vantagens que advêm da violação para o prejudicado.

<sup>285</sup> No original: “Celle des parties qui connaît une information dont l’importance est déterminante pour le consentement de l’autre doit l’en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant”.

desconhecimento justificado ou justificável da parte credora da informação, ou que o comportamento da contraparte tenha criado a expectativa legítima de que forneceria tal informação, sendo seu o ônus de provar tais circunstâncias. Ademais, a lei francesa previu que o dever de informar não recai sobre a estimativa do valor da prestação, o que se coaduna com a liberdade concorrencial, não sendo cabível exigir do agente econômico que esclareça à contraparte que o montante exigido é vultoso ou maior que o de outros concorrentes. Por fim, o legislador francês conferiu-lhe *status* de norma de ordem pública, na medida em que as partes não podem limitar nem excluir esse dever informacional.

Não se pode perder de vista, porém, que tais normas, agora expressas, já podiam ser extraídas da cláusula geral da boa-fé objetiva (art. 1.134, alínea 3, do Código Napoleão), como reconhecia a jurisprudência francesa, sem mencionar o recurso aos usos e costumes e à equidade (art. 1.135 do mesmo diploma, que não mais se encontra em vigor)<sup>286</sup>. A despeito das críticas formuladas por FABRE-MAGNAN<sup>287</sup>, no sentido de que os Tribunais franceses extrapolariam, equivocadamente, a previsão contida no art. 1.134, dado que seu texto abrangeria apenas a fase de execução do contrato, a boa-fé objetiva pode ser invocada como fundamento de deveres acessórios, mesmo que em fase anterior à celebração do contrato, por caracterizar um princípio implícito, imanente ao ordenamento jurídico, enquanto corolário do princípio da confiança.

#### 5.1.1.2 Da responsabilidade pré-contratual e do dever de informar no direito brasileiro

O cenário, anterior à reforma do Código Civil francês de 2016, acima descrito assemelha-se à situação normativa atualmente enfrentada no contexto brasileiro. Vislumbra-se, porém, como acertada uma interpretação ampliativa do art. 422 do Código Civil, abarcando as fases pré e pós-contratual, como já se orientava a jurisprudência francesa, uma vez que, diante de previsão expressa da cláusula geral, conforme a positivação do Código Civil de 2002, e considerando que a melhor hermenêutica remete a uma interpretação

---

<sup>286</sup> Conforme o Relatório anual da Corte de Cassação Francesa, de 2010. FRANCE. Cour de Cassation. *Rapport annuel 2010*. Disponível em: [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2010\\_3866/etude\\_droit\\_3872/e\\_droit\\_3873/obligation\\_information\\_3874/obligation\\_information\\_contrat\\_19399.html#1.1.1.1.3.2.1](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/etude_droit_3872/e_droit_3873/obligation_information_3874/obligation_information_contrat_19399.html#1.1.1.1.3.2.1). Acesso em: 16 ago. 2019, que também cita o art. 1.162 do Código Napoleão, segundo o qual o vendedor é obrigado a esclarecer de forma clara a que ele se obriga. No mesmo sentido, FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats: essai d'une théorie*. Paris: LGDJ, 2014. p. 350-362.

<sup>287</sup> FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats*, cit., p. 351-353.

sistemática da norma, o dispositivo deve ser conjugado com o viés principiológico da boa-fé objetiva<sup>288</sup>.

Por outro lado, ainda que doutrina de escol defenda ser tal responsabilidade do tipo extracontratual<sup>289</sup>, na esteira da generalização da responsabilidade civil operacionalizada na França antes da definição pelo legislador em 2016, o tema é bastante controvertido, defendendo JUNQUEIRA DE AZEVEDO<sup>290</sup> que, sendo o contrato um processo, o descumprimento de qualquer dos deveres laterais nele compreendidos, gerados pela boa-fé objetiva, ainda que na fase pré ou pós-contratual, visto que são deveres específicos e não atrelados genericamente ao *neminem non laedere*, encontra-se inserido na responsabilidade contratual.

Reconhece-se que há diversos níveis de contato social, sendo a situação pré-contratual muito mais semelhante àquela do contrato já formado do que àquela da responsabilidade aquiliana, na qual as partes, normalmente, não têm qualquer contato prévio. Destaque-se ainda que outra parte da doutrina argumenta que a responsabilidade pré-contratual caracteriza um *tertium genus*, equiparável à *Sonderverbindung* do direito alemão, cujo fundamento repousa na boa-fé objetiva e no princípio da confiança, pressupondo uma ideia de colaboração, e não no dever geral de não lesar<sup>291</sup>.

<sup>288</sup> Distinguindo princípios de cláusulas gerais, a autora desta tese defendeu, na dissertação de mestrado *Dos limites do direito civil constitucional: uma análise a partir da cláusula geral da boa-fé objetiva*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 119: “Os princípios ainda diferem das cláusulas gerais por poderem estar implícitos no ordenamento, sendo extraídos pelo intérprete, a partir da racionalidade do sistema, ou do conjunto de normas que incidem sobre certa matéria, ou ainda da natureza de certo instituto, a partir de elementos objetivos do ordenamento. Por tratar-se de técnica legislativa, a cláusula geral não pode estar inexpressa [...]”

<sup>289</sup> Cite-se MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 385, pontuando que tal responsabilidade não está ligada à prestação principal, mas a deveres de proteção, de modo que há “uma qualificação do princípio geral que manda a ninguém lesar em virtude da relação de proximidade social entre os agentes envolvidos nas tratativas pré-negociais”. No mesmo sentido: DEPERON, Mariana Pazianotto. *Responsabilidade civil pela ruptura ilegítima das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 222-229.

<sup>290</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 175. Aplicando o regime da responsabilidade contratual: REsp 1367955/SP, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 18.03.2014, DJe 24.03.2014.

<sup>291</sup> Ainda que não de maneira enfática, defende essa teoria: FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual na ruptura das negociações*. 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 274-276. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou reconhecendo um terceiro gênero de responsabilidade civil, pretendendo distingui-lo da responsabilidade pré-contratual, não tendo, contudo, a nosso juízo, logrado êxito. *In verbis*: “RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DICOTOMIA TRADICIONAL. AQUILIANA E CONTRATUAL. REFORMULAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELA QUEBRA DA CONFIANÇA. ORIGEM NA CONFIANÇA CRIADA. EXPECTATIVA LEGÍTIMA DE DETERMINADO COMPORTAMENTO. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. INEXISTÊNCIA DE CONTRATO FORMAL SUPERADA PELA REPETIÇÃO DE ATOS. JUIZ COMO PERITO DOS PERITOS. COORDENAÇÃO DAS PROVAS. ART. 130 DO CPC/1973. 1. Tradicionalmente, a responsabilidade civil divide-se em responsabilidade civil *stricto sensu* (delitual ou aquiliana) e a responsabilidade contratual (negocial ou obrigacional), segundo a origem do dever descumprido, contrato ou delito, critério que, apesar de conferir segurança jurídica, mereceu

Em nosso ordenamento, inexistindo regra semelhante ao art. 1.112-1 do atual Código Civil francês, os deveres informacionais serão derivados da cláusula geral de boa-fé objetiva, que deve ser utilizada com reservas, sobretudo em relações empresariais paritárias, na medida em que desafia a liberdade de iniciativa garantida constitucionalmente (arts. 1º, inciso IV, e 170, *caput*). Nessa medida, importante pontuar que o diploma civil brasileiro associou, expressamente, a boa-fé aos usos (art. 113), sendo esse fator de segurança, na ponderação entre valores em jogo, porque torna objetivável a expectativa do destinatário da manifestação negocial. Investiga-se, à vista de específico setor do mercado, o que ali é

---

aperfeiçoamentos, à luz da sistemática atual do Código Civil, dos microssistemas de direito privado e da Constituição Federal. 2. Seguindo essa tendência natural, doutrina e jurisprudência vêm se valendo de um terceiro fundamento de responsabilidade, que não se vincula a uma prestação delineada pelas partes, nem mesmo vincula indivíduos aleatoriamente ligados pela violação de um dever genérico de abstenção, qual seja a responsabilidade pela confiança. 3. *A responsabilidade pela confiança é autônoma em relação à responsabilidade contratual e à extracontratual, constituindo-se em um terceiro fundamento ou 'terceira pista' (dritte Spur) da responsabilidade civil, tendo caráter subsidiário: onde houver o dano efetivo, requisito essencial para a responsabilidade civil e não for possível obter uma solução satisfatória pelos caminhos tradicionais da responsabilidade, a teoria da confiança será a opção válida.* 4. A teoria da confiança ingressa no vácuo existente entre as responsabilidades contratual e extracontratual e seu reconhecimento se fundamenta principalmente no fato de que o sujeito que dá origem à confiança de outrem e, após, frustra-a, deve responder, em certas circunstâncias, pelos danos causados dessa frustração. A defraudação da confiança constitui o verdadeiro fundamento da obrigação de indenizar. 5. A responsabilidade fundada na confiança visa à proteção de interesses que transcendem o indivíduo, ditada sempre pela regra universal da boa-fé, sendo imprescindível a quaisquer negociações o respeito às situações de confiança criadas, estas consideradas objetivamente, cotejando-as com aquilo que é costumeiro no tráfico social. 6. *A responsabilidade pela quebra da confiança possui a mesma ratio da responsabilidade pré-contratual, cuja aplicação já fora reconhecida pelo STJ (REsp 1051065/AM, REsp 1367955/SP).* O ponto que as aproxima é o fato de uma das partes gerar na outra uma expectativa legítima de determinado comportamento, que, após, não se concretiza. O ponto que as diferencia é o fato de, na responsabilidade pré-contratual, a formalização de um contrato ser o escopo perseguido por uma das partes, *enquanto que na responsabilidade pela confiança, o contrato, em sentido estrito, não será, ao menos necessariamente, o objetivo almejado.* 7. No caso dos autos, ainda que não se discuta a existência de um contrato formal de compra e venda entre as partes ou de qualquer outra natureza, impossível negar a existência de relação jurídica comercial entre as empresas envolvidas, uma vez que a IBM portou-se, desde o início das tratativas, como negociante, com a apresentação de seu projeto, e enquanto titular deste, repassando à Radiall as especificações técnicas do produto a ser fabricado, assim como as condições do negócio. 8. Com efeito, por mais que inexista contrato formal, o direito deve proteger o vínculo que se forma pela repetição de atos que tenham teor jurídico, pelo simples e aqui tantas vezes repetido motivo: protege-se a confiança depositada por uma das partes na conduta de seu parceiro negocial. 9. Mostrou-se, de fato, incontroverso que os investimentos realizados pela recorrente, para a produção das peças que serviriam ao computador de bordo de titularidade da recorrida, foram realizados nos termos das relações que se verificaram no início das tratativas entre essas empresas, fatos a respeito dos quais concordam os julgadores de origem. 10. Ademais, ressalta claramente dos autos que a própria recorrida estipulou quais os modelos de conectores deveriam ser produzidos pela recorrente e em que quantidade, vindo, após certo tempo, repentina e de maneira surpreendente, a alterar as especificações técnicas daquelas peças, tornando inúteis as já produzidas. [...] 13. Recurso especial parcialmente provido, para reconhecer a responsabilidade solidária da IBM – Brasil pelo ressarcimento dos danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes) à recorrente” (REsp 1309972/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 27.04.2017, DJe 08.06.2017 – grifos nossos). A Ministra Maria Isabel Gallotti acompanhou o relator na conclusão, mas ressaltou seu entendimento de que havia contrato entre as partes. A partir da descrição do caso, parece tratar-se de hipótese de ruptura ilegítima de tratativas, já tendo sido realizados certos investimentos, uma vez que a parte demandada havia encomendado peças conforme determinada descrição.

habitual, correto, regular, vale dizer, o que legitimamente se pode esperar entre os contratantes, consoante um comportamento presumidamente leal e probó, o que, se, de um lado, não afasta a aplicação coercitiva das normas jurídicas (inclusive derivadas da declaração de vontade das partes), de outro, permite que as condutas sejam alteradas com um dinamismo que não pode ser imprimido por meio da lei escrita<sup>292</sup>.

Assim, a colmatação dos deveres acessórios, na fase pré-contratual, deve observar os usos e costumes, nos termos do art. 113 do Código Civil, mesmo que ainda sequer haja contrato celebrado, desde que suficientemente institucionalizados, e com vistas à consecução do fim negocial. Acrescente-se que qualquer solução de integração pelo terceiro adjudicador, juiz ou árbitro, que reconhece deveres específicos antes da celebração do contrato, sempre em atenção ao caso concreto – como exigem as cláusulas gerais –, deve observar a assunção dos riscos assumidos pelo agente econômico, não lhe sendo autorizado neutralizá-los, sob pena de contrariar o princípio da livre concorrência<sup>293</sup>. Inegável, contudo, que justamente durante as tratativas preliminares, uma vez que, normalmente, as partes ainda não fixaram as regras voluntárias para reger sua relação negocial, mais amplo é o espectro que pode ser preenchido pela função integrativa da boa-fé objetiva.

No direito brasileiro, destaque-se, no seu âmbito de aplicação específico, o art. 46 do Código de Defesa do Consumidor, que impõe seja dado conhecimento aos consumidores, parte mais frágil da relação, sobre o conteúdo do contrato, sob pena de ser reputado ineficaz, equiparando-se a hipótese de o instrumento contratual ser redigido de maneira que dificulte a compreensão, quando o fornecedor se vale da hipossuficiência técnica, econômica ou jurídica da contraparte. Aqui o ônus da prova não é da parte credora da informação, e sim da empresa que oferece o produto ou serviço. Todo o conjunto normativo específico – que inclui os arts. 6º, inciso III, 30 e 35 – vai pender para a proteção do consumidor em detrimento da autonomia privada, mas sem negar-lhe vigência. Verifica-se, assim, que a possibilidade de invocar-se o *dolus bonus*, como amplamente reconhecido em um contexto voluntarista, que permite à parte não revelar informação relevante, com o objetivo de aumentar seus ganhos, resta mitigada, pois não se coaduna com o dever de cooperação e esclarecimento, decorrentes da boa-fé objetiva<sup>294</sup>.

---

<sup>292</sup> Nesse sentido MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 286-290.

<sup>293</sup> Embora abordando a integração dos contratos empresariais, extrai-se da lição de FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 301-305. Adverte, contudo: “Nada impede que, para dar concreção aos objetivos impostos pelos arts. 1º, 3º e 170 da Constituição do Brasil, o princípio do *pacta sunt servanda* seja mitigado” (p. 305).

<sup>294</sup> POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial*, cit., p. 199-202.

Não se pode, porém, em relações empresariais paritárias, excluir o risco empresarial, visto que os agentes econômicos devem ser presumidos ativos e probos, atuando dentro da normalidade dos atores do mercado, e sendo passíveis de tomar decisões equivocadas, que são inerentes ao jogo competitivo. Sendo assim, durante as tratativas preliminares, ainda que um contratante saiba que um seu concorrente conta com produto mais avançado ou com preço mais reduzido, ou seja, que existe no mercado uma oportunidade melhor para a parte adversa, não se lhe exige informar tal aspecto, mesmo sendo relevante para a contratação, uma vez que tal desconhecimento não é justificável em se tratando de agente econômico reputado em igualdades de condições<sup>295</sup>, pois facilmente conhecível, diferentemente da compreensão que se aplica ao consumidor, nos moldes do art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal.

A aplicação da boa-fé objetiva deve ser apreciada no caso concreto, de sorte que, em algumas hipóteses específicas, como naquelas relações encetadas entre concessionárias e fabricantes das peças que irão compor o automóvel, ou seja, em contratos entre agentes econômicos com grande poder de barganha e sem a possibilidade imediata da retirada da outra parte daquela relação negocial, reconhece-se maior gama de deveres decorrentes da boa-fé, especialmente daquele que, encontrando-se em posição superior, não pode abusar de sua condição. Nesse sentido, a jurisprudência alemã, ao considerar as particularidades do caso concreto, para fixar a existência e a extensão do dever de informação, observa, sobremaneira, se existe superioridade de uma parte sobre a outra, o que impõe o dever de compartilhar as informações àquele que tem melhor acesso. Os Tribunais germânicos têm deliberado, contudo, que não é qualquer desnível informativo que justifica o dever de esclarecimento, sendo necessário atentar para a condição pessoal das partes, por exemplo,

---

<sup>295</sup> Sobre os perigos da aplicação da boa-fé objetiva fora dos limites de uma interpretação restritiva, cite-se a lição de LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, cit., p. 28: “Der Rückgriff auf sozialemischen Wertungen und Billigkeitserwägungen birgt die Gefahr, dass die Entscheidungen des Gesetzgebers durch eine Billigkeitsrechtsprechung ausgehebelt werden, was der Gesetzesbindung des Richters (Art. 20 III, 97 I GG) widersprüche und die Rechtssicherheit erheblich beeinträchtigen würde. Dieser Gefahr kann nur durch eine restriktive Anwendung des § 242 entgegengewirkt werden. Ausgangspunkt der Überlegungen müssen daher in jedem Fall die einschlägigen konkreten Rechtsnormen sein, die nach allgemeinen methodischen Grundsätzen auszulegen sind. Das so gefundene Ergebnis darf nur in Ausnahmefällen mithilfe des § 242 korrigiert werden, wobei eine eingehende Rechtfertigung jeweils unverzichtbar ist”. Tradução livre: *O recurso a valores socioéticos e considerações de equidade acarreta o risco de que as decisões do legislador sejam prejudicadas por uma jurisprudência equitativa, o que contradiz a vinculação legal do juiz (Art. 20 III, 97 I GG) e prejudicaria consideravelmente a segurança jurídica. Esse perigo só pode ser neutralizado por meio de uma aplicação restritiva do § 242. O ponto de partida para as reflexões deve, portanto, ser sempre as normas jurídicas relevantes no caso concreto, que devem ser interpretadas de acordo com os princípios metodológicos gerais. O resultado encontrado dessa forma só pode ser corrigido em casos excepcionais com o auxílio do § 242, onde uma fundamentação detalhada é indispensável.*

se são parceiros experientes, e do mesmo ramo de atividade<sup>296</sup>. No Brasil, mesmo em relação de consumo, pode-se vislumbrar a ausência do dever de informar diante de peculiaridades do caso concreto – é o caso do atendimento hospitalar de urgência, em que os bens jurídicos vida e saúde sobrepõem-se à proteção do consumidor, não se exigindo prévio orçamento com anuência para o início do tratamento<sup>297</sup>.

Essa lógica, que se coaduna com o princípio da livre concorrência, dirigido, por seu turno, ao bem-estar geral, também reputa que a confiança depositada na contraparte, em um contrato empresarial, não justifica a expectativa legítima de que ela aportará recomendações para sua tomada de decisão, tendo em vista a presunção de ser o agente econômico ativo e probo, apenas se invertendo tal perspectiva na hipótese de os custos para obter tal informação serem excessivos ou de a prática comercial (usos e costumes) indicar que cumpre revelar certo aspecto do negócio. Com efeito, o dever de informar não pode gerar dano desproporcional àquele que informa. Acrescente-se que, diante da formação progressiva do contrato, e à medida que vão evoluindo as tratativas entre as partes, o que, naturalmente, acentua a confiança entre elas, há uma intensificação dos deveres informacionais<sup>298</sup>.

Existe ainda, ora como contrato de consumo, ora como contrato empresarial, o contrato de seguro, que contém mais que um dever de informar legalmente previsto, como também um dever de lealdade que importa não apenas prestar a informação verídica, e ainda contribuir positivamente para o interesse alheio. A inobservância dessa conduta, inclusive ainda na fase de negociações, é sancionada pela inexigibilidade da garantia, havendo má-fé, sendo devido, contudo, o prêmio, nos termos do art. 766 do Código Civil; caso não se vislumbre esse elemento subjetivo, a seguradora poderá resolver o contrato ou cobrar a diferença do prêmio. Embora, frequentemente, envolva uma relação consumerista, a proporcionalidade entre risco e mutualidade, que são da sua natureza, é necessária à manutenção da base econômica do contrato, de modo que do segurado é exigida colaboração mais intensa para que seja atingida sua finalidade. A interferência do Poder Judiciário, por

---

<sup>296</sup> A respeito, FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual*, cit., p. 227-228.

<sup>297</sup> À evidência, o hospital tampouco pode abusar da posição de fragilidade do acidentado/doente e seus familiares, sendo aplicável, além do instituto da lesão (art. 157 do Código Civil), a revisão diante da desproporção da prestação, com esteio no art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor. A propósito dos limites do dever de informar, e do sopesamento entre bens em conflito, POHLMANN, André. *Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten – Ein Beitrag zur culpa in contrahendo und zur positiven Forderungsverletzung unter Berücksichtigung der Schuldrechtsreform*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002. p. 106-107, defende que direitos de personalidade não podem ser anulados, apontando o exemplo do empregado que não é obrigado a revelar ao empregador assuntos pessoais (atinentes à sua intimidade).

<sup>298</sup> A propósito, PRATA, Ana. *Responsabilidade pré-contratual: uma perspectiva comparada dos direitos brasileiro e português*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 86.

vezes mitigando os deveres previstos no art. 765 do Código Civil, culmina, senão com a inviabilidade da atividade empresarial pela seguradora, com a repartição comum dos riscos, visto que o sinistro coberto, em descompasso com os cálculos atuariais, impactará nos demais contratos por ela firmados<sup>299</sup>.

Importante ter ainda em vista que a responsabilidade pelo descumprimento de deveres acessórios de informação, na fase pré-contratual, culmina com a fixação de reparação por perdas e danos, não podendo ser confundida com a omissão dolosa do art. 147 do Código Civil, que importa, a princípio, em anulabilidade do negócio celebrado, salvo se a solução reparadora é mais favorável à vítima do engodo<sup>300</sup>. Trata-se da diferença entre o dever de informar adequadamente, que implica responsabilidade ainda que por culpa, e o dever de não enganar, no qual o dolo está sempre presente. Ainda que, na hipótese de omissão dolosa, esteja contida a quebra de um dever de informar decorrente da boa-fé objetiva, importando, em última análise, uma violação da responsabilidade pré-contratual, a distinção permite seja mais precisa a subsunção das consequências jurídicas conforme o caso. Sendo assim, constata-se impropriedade técnico-científica em precedente no qual a Corte de Cassação francesa utiliza tanto a inobservância da boa-fé objetiva como o silêncio doloso para fundamentar decisão contrária a banco que, diante de um aumento considerável da dívida, comprometendo irremediavelmente o devedor, não informa tal agravamento ao fiador/avalista, de modo a incitá-lo a engajar-se<sup>301</sup>.

---

<sup>299</sup> Conforme já reconhecido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Excerto do voto vencedor: “[...] no seguro, a boa-fé assume maior relevo, pois tanto o risco quanto o mutualismo são dependentes das afirmações das próprias partes contratantes” (REsp 1601555/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14.02.2017, DJe 20.02.2017). A respeito do art. 766 do diploma civil, cite-se que o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula 609: “A recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, é ilícita se não houve a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado”.

<sup>300</sup> Nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 539.

<sup>301</sup> Como se extrai de FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats*, cit., p. 353, decisão da Primeira Câmara Civil da Corte de Cassação, datada de 10.05.1989: “manque à son obligation de contracter *de bonne foi* et commet ainsi un *dol par réticence* la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager”. Tradução livre: *viola a sua obrigação de contratar de boa fé e, assim, comete omissão dolosa, o banco que, sabendo que a situação do seu devedor está irremediavelmente comprometida ou, pelo menos, gravemente onerado, omite-se de levar esta informação ao conhecimento do fiador a fim de para encorajá-la a assumir essa obrigação* (grifos nossos). Apoiando-se em lógica semelhante, há jurisprudência consolidada no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no sentido de que há um dever de informação dos bancos em relação ao correntista quanto à necessidade de encerramento formal de sua conta corrente, mantida sem movimentação por vários anos. (Cite-se, por exemplo, TJSP, Apelação Cível n. 0026184-59.2011.8.26.0405, Relator Correia Lima, Órgão julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco – 1ª Vara Cível; data do julgamento: 29.06.2015; data de registro: 07.07.2015.)

Voltemo-nos agora ao seguinte exemplo: em uma compra e venda de estabelecimento, o alienante, sabidamente faltando com a verdade, afirma que estão regulares todas as licenças para funcionamento, tornando, conseqüentemente, o valor da operação mais elevado – tem-se evidente hipótese de omissão dolosa. A livre-iniciativa não confere um direito subjetivo de prestar informação que sabe inverídica, o que pode decorrer não apenas de uma afirmação falsa, mas também de esclarecimentos que se restringem a parte da realidade, não cumprindo, do mesmo modo, o contratante seu dever de proteção pré-contratual. Diverso é o caso do alienante que informa ao adquirente que todas as exigências da Administração Pública estão em ordem, porém, diante de uma nova regulamentação recente, desconhece que uma das licenças necessárias para o funcionamento do estabelecimento não se encontra mais vigente e precisa ser renovada. Aqui o alienante age com culpa, mas responde, igualmente, pelo descumprimento do dever de informar, no caso de o contrato vir a ser firmado, tendo em vista que se tratava de informação relevante para a manifestação de vontade do adquirente quanto ao preço.

Na primeira hipótese, de omissão dolosa, o Código Civil brasileiro prevê ser o contrato anulável, consequência mais gravosa ao alienante, que agiu com má-fé (subjetiva), ao passo que, na quebra do dever lateral de informar, caberá apenas a indenização pelo prejuízo concretizado (no exemplo, a diferença de preço entre o valor pago e aquele estimado tendo em vista a desvalorização pela ausência de uma licença)<sup>302</sup>. Faz-se mister ainda pontuar que, se o adquirente demonstra que a ausência de tal autorização para funcionar inviabiliza o objetivo do negócio encetado (seja porque se revela obstáculo impossível a ser superado, seja porquanto demanda esforços excessivos para o comprador), poderá demandar sua anulação, contudo, com fundamento no erro (arts. 138 e 139, inciso I, do Código Civil).

Por fim, acentue-se que, embora a relação jurídica material subjacente seja relevante para a fixação dos deveres de informar, a aplicação da cláusula geral da boa-fé requer, invariavelmente, reenvio para elementos cuja concretização pode estar em outros espaços do sistema (intersistematicidade), ou fora do sistema (extrassistematicidade), de modo a materializar as pautas de valoração do caso concreto. Assim, a interpretação não se restringe à busca do significado do enunciado normativo, como se dá na casuística, mas ao juiz compete integrar a norma, completando a *fattispecie* e determinando suas consequências. É

---

<sup>302</sup> Assim já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, em decisão não unânime: “[...] Verificada a antijuridicidade no rompimento de tratativas negociais, a responsabilidade civil pré-contratual que se estabelece cobre apenas as despesas realizadas para finalização do negócio jurídico frustrado ou em razão dessa mesma operação (interesses negativos)” (REsp 1641868/SP, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 05.06.2018, DJe 06.09.2018).

que as cláusulas gerais importam a introdução de valores no sistema jurídico, que precisam ser constantemente atualizados e amoldados, a partir de pautas de valoração que já estão indicadas em outras disposições normativas integrantes do sistema (reenvio) ou são objetivamente vigentes no ambiente social (direcionamento). Desse modo, o magistrado, à vista do critério eleito pela cláusula geral, seleciona fatos ou condutas para confrontá-los com certo parâmetro, e, nessa atividade, busca consequências jurídicas que não estão previamente determinadas<sup>303</sup>.

Sendo assim, a ausência de discriminação específica, no ordenamento jurídico brasileiro, dos deveres de informação, não existindo dispositivo semelhante ao art. 1.112-1 do Código francês atual, ou mesmo o fato de inexistir previsão de que há deveres laterais na fase pré-contratual, à semelhança da Alemanha, Itália e Portugal, não redundam em prejuízo ao desenvolvimento da responsabilidade pré-contratual e dos deveres que decorrem da boa-fé objetiva durante as tratativas preliminares, visto que competirá especialmente ao adjudicador, juiz ou árbitro, definir seus exatos contornos no caso apresentado, sendo especialmente importante atentar à fundamentação de sua decisão, de forma a conferir-lhe legitimidade. Promove-se, outrossim, à medida que tais decisões são reiteradas no tempo, uma abstração dos motivos invocados, que servirão à ressystematização desses elementos inter e extrassistemáticos no interior do ordenamento jurídico.

## **5.2 Estudo de caso: dos contratos de franquia e do dever de informar**

### ***5.2.1 Da natureza jurídica do contrato de franquia e seu impacto na aplicação da boa-fé objetiva***

A franquia pode ser compreendida, consoante a Lei n. 13.966/2019, enquanto sistema “pelo qual um franqueador autoriza por meio de contrato um franqueado a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual, sempre associados ao direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços e também ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta”. Conquanto a previsão em lei possa levar à conclusão açodada de tratar-se de um contrato

---

<sup>303</sup> Conforme lição de MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 157-158.

típico, ULHOA COELHO<sup>304</sup>, na esteira da doutrina majoritária<sup>305</sup>, considera a franquia um contrato atípico, do tipo misto ou híbrido, porquanto as disposições legais não definem as obrigações assumidas pelas partes, mas tão somente asseguram ao franqueado amplo direito ao acesso às informações relevantes para a contratação, ainda na fase pré-contratual.

Não se trata de um contrato de colaboração, por não restar caracterizada, propriamente, a comunhão de escopo, prevalecendo, em verdade, o viés de fornecimento de atividade ou produto, ainda que exija intensa cooperação dos envolvidos para atingir seus fins, em uma relação duradoura, o que o insere também no espectro dos contratos relacionais<sup>306</sup>. Interessante destacar que a distinção aqui pautada essencialmente pelo objeto contratual não se revela pacífica, na medida em que FORGIONI propõe, ao lado dos contratos de intercâmbio e dos contratos societários, uma categoria intermediária: contratos de colaboração não societários, nos quais há esforços conjugados de empresários com patrimônios autônomos, que mantêm âleas distintas, ainda que sejam interdependentes<sup>307</sup>. Por esse viés, os contratos de franquia caracterizariam contratos de colaboração não societários, nos quais há necessidade de êxito comum.

Desse modo, mesmo diante do caráter empresarial do contrato de *franchising*, e não consumerista, a cláusula geral da boa-fé objetiva incide mais acentuadamente, desde a fase pré-contratual, inclusive por determinação legal no tocante ao dever de informar, exigindo das partes maior lealdade, a fim de ampliar a colaboração, que é imprescindível para alcançar-se a finalidade contratual. Ademais, tem-se, com isso, de forma que se retroalimenta, um incremento da confiança, necessária em negócios com forte indefinição na projeção de resultados, sobretudo por sua complexidade e prolongamento no tempo, elemento que promove a segurança jurídica e, portanto, a fluidez do mercado. Não se

---

<sup>304</sup> ULHOA COELHO, Fábio. *Curso de direito comercial: direito de empresa. Empresa e estabelecimento/ Títulos de crédito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129. Em sentido contrário, NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos mercantis*. 2. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p. 263. Não concordamos com a afirmação de que a circular de oferta de franquia vincula as partes, já que não representa tecnicamente obrigações assumidas pelas partes, mas a lei especifica a sanção, em caso de inobservância do dever (pré-contratual) de informar – a nulidade ou anulabilidade do contrato (vício de origem, portanto, à semelhança do erro) –, e não o direito de exigir a tutela específica, como em um contrato preliminar.

<sup>305</sup> MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações mercantis*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 491.

<sup>306</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *In: Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 354-356. Também no sentido de classificar o contrato de franquia como relacional, cite-se MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contrato previdenciário como contrato relacional. *Revista do Direito do Consumidor*, v. 22, p. 105-116, abr./jun. 1997.

<sup>307</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais*, cit., p. 179-196.

confundem, porém, com os contratos incompletos, que, como já apresentamos, contemplam omissões relevantes intencionais ou a “porosidade do regime negocial”<sup>308</sup>.

Observa-se, por conseguinte, que, mesmo que não haja discrepância de posições econômicas, as especificidades do contrato de franquia, como seu caráter relacional, impõem maior cooperação entre as partes, o que se reflete em exigência de transparência. Embora não haja dever de informação completa e integral, como se apresenta nas relações consumeristas<sup>309</sup>, as empresas envolvidas intensificam a troca de informações, promovendo a confiança recíproca e evitando os danos mútuos, o que altera a imputação dos riscos<sup>310</sup>, na esteira de cumprir o programa contratual, enquanto sentido objetivo e econômico-social, que considera a integralidade dos interesses envolvidos<sup>311</sup>. Evita-se, assim, uma visão binária entre relações consumeristas e empresariais, melhor adaptada às peculiaridades do contrato de franquia.

Desse modo, a franqueadora tem obrigação de informar agravada, uma vez que deve envidar os esforços a seu alcance – razoáveis – para que o estabelecimento do fraqueado atinja o sucesso empresarial. Tais expectativas se coadunam com a natureza empresarial de colaboração do contrato de *franchising*, no qual o franqueador deseja estender sua rede de

---

<sup>308</sup> Expressão extraída de PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos*. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 280. Acrescente-se que, em que pese a referência ao contrato relacional como “aquele que melhor se ajusta à ideia da obrigação como um processo, desenvolvido entre nós por Clóvis Veríssimo do Couto e Silva [...], e por isso mesmo dominado pelos princípios da boa-fé [...]”, não nos parece tecnicamente adequada a aproximação entre contratos relacionais e contratos incompletos feita por AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011. p. 100. Ainda que tenha sofrido transformações por ocasião da importação do instituto pela doutrina nacional, não se pode perder de vista que os contratos relacionais têm origem na doutrina de Ian R. Macneil, enquanto nova categoria diversa do contrato tradicional, denominado descontínuo, de modo que, “Embora em várias situações haja pontos de contato extremamente relevantes, para os teóricos dos relacionais a solução de integração não é por regras eficientes, mas pelas regras equitativas e justas, ou ainda por regras emanadas do próprio relacionamento pretérito entre as partes”, conforme lição de PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos*, cit., p. 31, n. 57 (grifo nosso).

<sup>309</sup> A nova Lei de Franquias (Lei n. 13.966/2019), que revogou a lei anterior (Lei n. 8.955/94), prevê, expressamente, que a relação entre franqueador e franqueado não caracteriza relação de consumo, de maneira a esclarecer o regime jurídico que é aplicável aos contratos de *franchising*. Não há, com efeito, a condição de destinatário final, do produto ou serviço, pelo franqueado.

<sup>310</sup> A propósito, em artigo anterior à edição do Novo Código Civil, que alterou os princípios em que assentado o ordenamento civil posto, cite-se MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contrato previdenciário como contrato relacional, cit., p. 107-108: “A divisão de lucros passa a ser objeto de negociação entre as empresas no curso da *performance* contratual que as vincula. *O lucro será agora menos o produto da bagatela entre as partes e mais o produto de mútua cooperação, dentro de novos princípios de solidariedade e onde o conceito de boa-fé passa a ter uma importância antes inexistente*” (grifo nosso).

<sup>311</sup> A esse respeito, além da doutrina estrangeira já referida, cite-se COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 19-22.

atuação, sem investimentos diretos, ao passo que o franqueado pretende desfrutar da clientela de marcas já consagradas, sem despende os altos custos envolvidos<sup>312</sup>.

### ***5.2.2 Da assimetria de posições contratuais e de sua repercussão no dever de informar na franquia***

Destaque-se, preambularmente, que, diante da evidente assimetria informacional (e técnica) entre franqueador e franqueado, já que aquele disponibilizará, por meio desse acordo de vontades, justamente seu *know-how* de como a franquia deverá ser dirigida para obter sucesso empresarial (além de ceder direito de uso da marca, distribuição exclusiva do produto, ações de *marketing*, tudo a depender da hipótese concreta), a parte mais vulnerável enseja proteção<sup>313</sup>, como reconhecido pelo legislador brasileiro com a edição da Lei n. 8.955/94, revogada pela Lei n. 13.966/2019, que estabeleceu novo regulamento sobre essas relações jurídicas. Nessa toada, seu art. 2º estabelece um rol ainda mais extenso de obrigações de informar na circular de franquia, cuja inobservância, desde a Lei n. 8.955/94, acarreta a nulidade ou anulabilidade do contrato e a devolução das quantias já pagas pelo franqueado. Essa consequência diferenciada, bem como o grau de detalhamento das normas que regem essa espécie contratual, apontam para um contrato singular, que exige regras próprias de proteção dos envolvidos.

Não se deve perder de vista, outrossim, sobretudo a partir desse instrumento de *disclosure*, que, comumente, os contratos de *franchising* são do tipo por adesão<sup>314</sup>. Sendo

---

<sup>312</sup> Conforme COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? *Revista de Direito Mercantil*, n. 18, p. 53-65. p. 59, que conclui: “Em ambos os casos, busca-se um efeito de ‘alavancagem’”. No mesmo sentido, acentuando a cooperação que deve existir entre franqueador e franqueado, cite-se NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos mercantis*, cit., p. 268: “Já na franquia, os interesses não são convergentes, embora não se possa afirmar que haja, propriamente, uma divergência. As partes do contrato de franquia têm de [*sic*] interesses próprios e distintos. O franqueado quer ter o seu próprio negócio e lucrar com ele e, para isso, precisa se utilizar da marca do franqueador, enquanto o franqueador quer difundir a sua marca e ser remunerado pelo franqueado, remuneração esta que será maior – pois geralmente incide sobre um percentual do faturamento deste – quanto mais lucros tiver o franqueado. Portanto, cada um visa o seu próprio interesse, que não é propriamente antagônico ao do outro. Os dois visam o [*sic*] lucro do seu próprio negócio, o que só é possível, em regra, com o êxito de ambos”.

<sup>313</sup> Consoante MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 299-300, leciona: “No mundo dos contratos, a assimetria está ligada a dois fenômenos polarmente correlatos: *poder* (econômico, técnico, informativo, jurídico) e *vulnerabilidade*. [...] É axiomático que todo poder implica limite, sob pena de resvalar do poder (lícito) ao arbítrio (ilícito). [...] Em face do exercício do poder negocial de um dos sujeitos da relação jurídica, o outro pode restar em situação de ‘vulnerabilidade’”.

<sup>314</sup> Conforme FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 186-8, é importante distinguir os contratos por adesão, nos quais “o conteúdo é predeterminado por uma das partes sem que lhe preceda a livre discussão do futuro

assim, por expressa disposição legal (art. 423 do Código Civil), reclamam maior clareza do proponente nas estipulações, sob pena de, sendo ambíguas ou contraditórias, ensejar a interpretação mais favorável ao aderente<sup>315</sup>. Trata-se de aplicação da regra interpretativa *contra proferentem* (ou *contra stipulatorem*), que, coligada ao princípio da boa-fé objetiva, impõe a adoção do sentido menos favorável a quem redigiu cláusulas ambíguas ou obscuras. Seu fundamento, no Direito Romano, residia na possibilidade de o *stipulator* ter sido mais claro em sua manifestação: “*quia potuit re integra apertius dicere*” (Paulus D. 18, 1, 21), sendo regra de aplicação subsidiária<sup>316</sup>.

---

regulamento a ser estabelecido”, dos contratos de adesão, em que, além das condições preestabelecidas, há um contratante que “exerce um monopólio de fato ou de direito sobre determinada atividade ou produto”.

<sup>315</sup> Segundo GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 126, essa regra hermenêutica não pode levar à conclusão de ser livre a interpretação judicial, já que “o poder do juiz – poder moderador – deve ser usado conforme o princípio de que os contratos devem ser executados de boa-fé, de tal sorte que só os abusos e deformações sejam coibidos”.

<sup>316</sup> Na lição de KOSCHE, Kevin. *Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law*. Eine rechtsvergleichende, rechtshistorische und rechtsökonomische Analyse. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011. p. 36-37. Observa-se, pela percuciente descrição histórica da evolução da referida regra, que, no século XII, os glosadores generalizaram a regra *interpretatio contra proferentem* para todas as disposições e contratos ambíguos. Bartolus, no século XIV, defendia que, na hipótese de não ser possível definir o *stipulator*, a interpretação deve ser contra aquele que se beneficia pelos efeitos da disposição contratual, caracterizando uma regra de distribuição do ônus da prova. Por outro lado, a partir de regra já reconhecida no Direito Romano (*favor debitoris*), fixou-se que, em caso de dúvida, a interpretação deve ser favorável ao devedor, observada ainda a regra de Ulpiano D. 50, 17, 9: “Semper in obscuris quod minimum est sequimur”. (Tradução livre: *Sempre, em caso de obscuridade, seguimos o mínimo*.) Nos séculos XVI e XVII, os juristas humanistas franceses FABER e CUJAZ destacaram o caráter punitivo da *interpretatio contra proferentem*, a partir de novos fragmentos do Digesto. Assim, passou-se a investigar se o estipulante poderia ter, de fato, evitado a ambiguidade, transformando-se-a em regra de comportamento, cujo descumprimento gera uma sanção. Essa linha de raciocínio também foi assumida pelo jusnaturalista JEAN DOMAT, no final do século XVII, em sua sexta regra interpretativa, segundo a qual dúvidas devem ser interpretadas em favor do obrigado. No final do século XVIII e início do século XIX encontravam-se, tanto a regra *contra proferentem* como a *favor debitoris*, nas codificações jusnaturalistas: *preußische Allgemeine Landrecht* (ALR), de 1894 (na esteira da jurisprudência dos principados alemães que reconheciam *contra proferentem* como Direito Comum), e *Code Napoléon*, de 1804 (art. 1162, modificado pela *Ordonnance* n. 131-2016). No final do século XIX, tal regra já era usada como meio de controle de contratos de adesão, tanto na Alemanha como na França (p. 37-42). Especialmente após a Primeira Guerra Mundial até o final dos anos 1930, as condições dos contratos de adesão, e sobretudo dos de seguro, eram amplamente controladas, por meio da *contra proferentem*, além da interpretação restritiva de cláusulas de exclusão de responsabilidade, a ponto de não ser observado seu caráter subsidiário, na medida em que se exigia um grau de precisão demasiado elevado de certas cláusulas contratuais. Posteriormente, a jurisprudência, que adotava uma suposição excessiva (e descuidada) de ambiguidades, voltou a ter uma conexão mais estreita com a boa-fé objetiva, de modo que a *interpretatio contra proferentem* tornou-se, cada vez mais, uma regra estritamente subsidiária. Por fim, a partir do final da década de 1950, acentuou-se, novamente, o controle de conteúdo das cláusulas contratuais por meio do *contra proferentem*, culminando por tornar-se norma escrita, na Alemanha, em 1977, com aplicabilidade restrita a contratos que previam a aplicabilidade da lei de contratos de adesão ou de seguro (§ 5º da AGBG – lei sobre contratos de adesão). Com a Diretiva 93/13/EWG, da União Europeia, passou-se a aplicar a *interpretatio contra proferentem* também em cláusulas contratuais do caso individual, desde que em relações jurídicas entre consumidor e fornecedor, havendo uma adaptação da AGBG, em 1996, nesse sentido. Por fim, a regra *contra proferentem* é incorporada ao Código Civil alemão, em 2002, por meio da Reforma de Modernização do Direito Obrigacional, como aplicável aos contratos de adesão (§ 305c Abs. 2 BGB) (p. 153-154).

Em nossas pesquisas, observamos, atualmente, que persiste a regra *contra proferentem* no Código Civil francês (art. 1190), recentemente modificado, de modo mais detalhando, distinguindo entre contratos

Esse cânone hermenêutico impõe, diante da consequência que acarreta, um ônus de falar claro àquele que se encontra na posição de estabelecer as cláusulas contratuais, em todo contrato de adesão, mesmo que não esteja caracterizada a relação de consumo<sup>317</sup>. Desse modo, a legislação cria incentivos também ao franqueador para informar, além das determinações específicas sobre aspectos a serem abordados na circular de oferta da franquia, adotando regra semelhante a *penalty default rule*. É que a ambiguidade ou dúvida, presentes em cláusulas de contratos de adesão, que não contemplam informações importantes, deixam de poder beneficiar o estipulante que as estabeleceu, o que ocorreria tendo em vista que esse contexto pode levar o aderente a uma falsa expectativa de ganho ou de não estar submetido a determinado risco, podendo redundar em graves prejuízos, com uma interpretação contrária a seus interesses<sup>318</sup>.

Ressalte-se, porém, que, a fim de analisar a medida de aplicabilidade de boa-fé objetiva, especialmente na fase de negociações, quando será tomada a decisão do franqueado de aderir ao modelo de negócio do franqueador, deve-se avaliar se os itens previstos no art. 2º da Lei n. 13.966/2019, que compõem a circular de oferta da franquia, merecem ser interpretados de forma restritiva, inclusive em razão da grave consequência de invalidar o negócio, ou ampliativamente, com vistas a proteger a parte com vulnerabilidade técnica e informacional, em prol do programa contratual, que mira o sucesso do negócio, com benefícios para ambas as partes. A resposta mais adequada deve atender à natureza do contrato de *franchising* e do papel decisivo da boa-fé objetiva daí decorrente.

Mesmo diante do extenso rol, com 23 itens considerados obrigatórios, o caráter relacional do ajuste, cujos lucros não advêm da barganha, mas sim da mútua cooperação, e em atenção à complexidade pós-moderna, que inviabiliza que o legislador preveja todas as informações necessárias a serem divulgadas àquele que pretende se tornar um franqueado, deve preponderar uma interpretação extensiva do dispositivo, buscando o cumprimento da

---

paritários, que devem ser interpretados, em caso de dúvida, “contre le créancier et en faveur du débiteur” (em tradução livre: contra o credor e a favor do devedor), e contratos de adesão, que, na mesma hipótese de ambiguidade, devem ser interpretados “contre celui qui l’a proposé” (em tradução livre: contra aquele que o propôs).

<sup>317</sup> Nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., 481: “Tradicionalmente, entende-se que o escopo fundamental desse cânone radica na necessidade de evitar que o predisponente, com um comportamento contrário à boa-fé, possa tirar vantagem da ambiguidade ou obscuridade ou contradição entre as cláusulas unilateralmente elaboradas. Mas não apenas: hoje em dia, em face do fenômeno da contratação de massa, estandarizada, concluída por adesão, o escopo fundamental é o de reforçar, em matéria hermenêutica, a proteção ao contratante que adere a esquemas negociais unilateralmente predispostos sem a eles poder se furtar”.

<sup>318</sup> Remetemos, ainda, o leitor ao item 3.5.

finalidade contratual, analisada de modo objetivo no caso concreto<sup>319</sup>. Vale dizer, para o sucesso empresarial do franqueado, que vai investir em negócio preconcebido pelo franqueador, imbuído da promessa de resultado por ser atividade por este já testada e explorada, deve ser-lhe fornecida, de forma sincera, ampla e total, todas as informações essenciais do negócio que está sendo comercializado<sup>320</sup>.

Nessa esteira, o Superior Tribunal de Justiça<sup>321</sup>, recentemente, reconheceu, por maioria de três votos a dois, que caracteriza omissão relevante qualquer circunstância que influenciaria a tomada de decisão do franqueado, por exemplo, fracasso de franquia anteriormente na mesma macrorregião. A esse respeito, em que pese a assimetria informacional entre franqueador e franqueado, e considerando o papel determinante da fundamentação de decisões em um sistema jurídico aberto, permeado de conceitos indeterminados, não parece ter sido levada em consideração a alocação de riscos presente no contrato específico para reconhecer a omissão relevante, uma vez que tal aspecto poderia conduzir a conclusão diversa. Não se pode perder de vista que, no contrato de franquia, a despeito do amplo dever de informação do franqueador, não há comprometimento com o sucesso do franqueado, que assume os riscos de sua atividade empresarial.

---

<sup>319</sup> Sobre o paradigma pós-moderno, cite-se JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 33, p. 123-129, jan./mar. 2000, em que, já na virada deste século, aponta para as dificuldades da complexidade presente na sociedade contemporânea, que “não se conforma com as noções vagas que tudo fazem depender do juiz nem, por outro lado, deseja, pura e simplesmente, uma volta ao passado com a lei abstrata e geral”. Ainda aduz: “O paradigma jurídico, portanto, que passara da lei ao juiz, está mudando, agora, do juiz, ao caso. *A centralidade do caso é este o eixo em torno do qual gira o paradigma jurídico pós-moderno*” (grifo nosso). A respeito, ressaltem-se peculiaridades do papel do juiz na França e na Alemanha da virada do século XIX para o século XX, que apontam para paradigmas diversos, em parte elencados na nota de rodapé 343, o primeiro aplicando sobremaneira a subsunção, enquanto o segundo manejava cláusulas gerais.

<sup>320</sup> Nesse sentido, FIGUEIREDO, Raif Daher Hardman; RIZZARDO FILHO, Arnaldo. Função, elementos e vícios da circular de oferta de franquia: uma análise crítica do art. 2º, § 2º, da Lei n. 13.966/19. *Revista dos Tribunais*, v. 1.026, p. 197-209, abr. 2021. p. 198.

<sup>321</sup> REsp 1862508/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relatora p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.11.2020, DJe 18.12.2020.

## PARTE III – DO DEVER DE SE INFORMAR

### CAPÍTULO 6 – Origens e fundamentos do dever de se informar

#### 6.1 Considerações iniciais

Embora se tenha perseguido até aqui a definição das balizas do dever de informar para diversos agentes econômicos, sob o viés de uma obrigação contratual – ainda que na fase das negociações preliminares, a partir, especialmente, da compreensão de como a cláusula geral da boa-fé objetiva deve ser apreendida no sistema jurídico brasileiro –, impõe-se, outrossim, aprofundar tal delimitação pelo espectro da parte credora da informação, que também se submete aos deveres de lealdade e probidade, extraídos do art. 422 do Código Civil<sup>322</sup>. Com efeito, os deveres anexos ao negócio jurídico firmado recaem sobre ambas as partes, pois prevalece a compreensão de que todos devem contribuir para a realização do programa contratual<sup>323</sup>.

Dessa forma, destaca-se a corresponsabilidade daquele que é credor em um contrato, não apenas na realização do fim almejado pelo negócio jurídico em questão, mas também na hipótese de inadimplemento da contraparte, de modo que o prejudicado evite ou reduza o dano que daí poderia decorrer, desde que não implique esforço irrazoável<sup>324</sup>. Um outro aspecto a ser ponderado é em que medida a parte prejudicada era a única que poderia evitar

<sup>322</sup> CARVALHO, Beatriz Veiga. *O “dever de mitigar danos” na responsabilidade contratual: a perspectiva do direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 11, defende que a mitigação dos danos alinha-se, de um lado, com as exigências decorrentes da boa-fé objetiva, ao passo que serve como contrabalanceamento ao que a parte da doutrina veio a denominar de culto à vítima.

<sup>323</sup> A respeito, NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 92-97, define a relação contratual complexa, por ele também denominada sistêmica, como “conjunto de direitos e deveres que unem as partes intervenientes, em razão dos quais elas são adstritas a cooperarem, para a realização dos interesses de que sejam credoras, mas *com o devido respeito pelos recíprocos interesses do devedor, ou devedores*, e tendo em conta também a função social desempenhada, que é a razão última de sua tutela” (grifo nosso).

<sup>324</sup> Nessa esteira, o § 350 do *Restatement of Contracts Second*, do direito norte-americano, prevê que a regra da mitigação de danos só se aplica quando a parte inocente poderia ter evitado o agravamento dos prejuízos, sem riscos, ônus ou humilhação indevidos. Sua segunda parte ainda garante o ressarcimento pelas despesas incorridas segundo um esforço razoável, ainda que malsucedido, de mitigar os danos. No original: “§ 350. Avoidability as a Limitation On Damages. (1) Except as stated in Subsection (2), damages are not recoverable for loss that the injured party could have avoided without undue risk, burden or humiliation. (2) The injured party is not precluded from recovery by the rule stated in Subsection (1) to the extent that he has made reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss”. Do mesmo modo, ZANETTI, Cristiano de Sousa. A mitigação do dano e alocação da responsabilidade. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 35, p. 28-36, jul./set. 2012, ressalta que é comum a utilização, por diversos ordenamentos jurídicos, do conceito indeterminado da razoabilidade para determinar os contornos do dever de mitigar danos.

ou reduzir o próprio prejuízo, ou que se encontrava em melhor posição para efetivamente fazê-lo nas circunstâncias concretas<sup>325</sup>. Observa-se que essa compreensão do *duty to mitigate the loss*, no sentido de conferir à parte não informada o ônus de buscar a informação que lhe é relevante, e que está em melhores condições para obtê-la, permite delimitar o dever de se informar, observadas as nuances próprias de cada relação contratual.

Propõe-se, assim, no presente capítulo, uma incursão sobre os fundamentos, parâmetros, vetores de interpretação, natureza jurídica, exigibilidade e consequências pela inobservância do *duty to mitigate the loss*, a fim de investigar sua pertinência e adequação ao dever de se informar, no âmbito do direito contratual. Ressalte-se, desde logo, que, embora referida figura jurídica tenha aplicação tanto na responsabilidade contratual quanto na extracontratual, delimitamos nosso objeto de estudo àquela derivada do encontro de vontades, em suas diversas fases, inclusive pré-contratual.

## **6.2 Fundamentos do *duty to mitigate the loss***

### ***6.2.1 Das categorias de responsabilidade civil***

A responsabilidade civil corresponde à obrigação de indenizar, decorrente da infração a um dever jurídico *lato sensu*, que redundando em dano à esfera jurídica de outrem<sup>326</sup>. Conquanto haja certa interpenetração entre suas diferentes modalidades, a partir da evolução atual do Direito Civil, pode-se afirmar que, no âmbito da responsabilidade civil, estão compreendidas: (i) a responsabilidade contratual, que se caracteriza à medida que existe um vínculo obrigacional prévio (ainda que derivado de declaração unilateral de vontade ou situações legais que se regulam como se fossem contratuais); (ii) a responsabilidade extracontratual, que decorre do princípio geral de que não se deve causar prejuízos aos outros

---

<sup>325</sup> Cf. DIAS, Daniel. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 375. Com base nessa premissa, o autor defende inviável a aplicação do *duty to mitigate the loss* nos casos de exercício tardio de direito, hipótese em que o devedor estava em condições de pagar a dívida e fazer cessar os encargos da mora.

<sup>326</sup> Acrescente-se que há doutrina abalizada que defende a existência, na atual “sociedade de risco”, de responsabilidade sem dano, não pautada na indenização, mas na prevenção e precaução do risco de danos graves e irreversíveis. Nesse sentido, LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, p. 1223-1234, jan./dez. 2010, para quem “o dano aqui é o risco” (p. 1231).

(*alterum non laedere*<sup>327</sup>), positivado nos art. 186 c/c art. 927, *caput*, ambos do Código Civil brasileiro<sup>328-329</sup>.

Questão ainda objeto de debates doutrinários é a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, inicialmente compreendida como um *tertium genus*, na lição de JUNQUEIRA DE AZEVEDO, hipótese em que inexistia (ainda) uma relação obrigacional e o direito lesado não é primário<sup>330</sup>. Houve, contudo, uma evolução em seu entendimento<sup>331</sup>, no que foi seguido por doutrina abalizada<sup>332</sup>. O reconhecimento da

<sup>327</sup> Trata-se de um dos preceitos do direito fixados por Ulpiano, contido no Digesto 1.1.10.1, cf. DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*. *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*, ano 2, n. 6, p. 17-42, abr./jun. 2010: “Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere” (p. 18) – Tradução livre: *Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não lesar outrem, dar a cada um o que é seu*. O preceito *alterum non laedere* ou *neminem laedere* assenta-se na filosofia de Epicuro (Epicurismo), que “considera o direito o resultado de um compromisso de utilidade, com o escopo de os homens não se prejudicarem uns aos outros” (p. 21), já que, mesmo no direito justinianeu, não se passou a tratar a figura do ato ilícito como figura autônoma. Conforme MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 591.

<sup>328</sup> Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 91-93. Os autores criticam a adoção do binômio contratual e extracontratual, em razão de sua incompletude, apoiando-se na seguinte constatação: “O inadimplemento não é um fenômeno restrito aos contratos, mas a qualquer obrigação, tenha ela origem em um contrato ou em um negócio jurídico unilateral”. Cite-se, ainda, NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 452-455, que, por seu turno, também apresenta crítica semelhante à distinção contratual e extracontratual, propondo a seguinte classificação: responsabilidade negocial – que engloba a obrigação de reparar danos que sejam decorrência do inadimplemento de obrigações negociais; e responsabilidade civil em sentido estrito (ou técnico, ou ainda geral) – que se refere às obrigações que visam à reparação de danos derivados da violação de deveres gerais de não prejudicar pessoas e bens alheios.

<sup>329</sup> Aqui, cumpre pontuar que aquela responsabilidade originária da *lex aquilia*, intimamente relacionada à noção de culpa, passou por uma considerável evolução após o advento de riscos próprios da modernidade (inicialmente Revolução Industrial, e posteriormente Revolução Tecnológica, inclusive na Biomedicina), surgindo hipóteses de imputação objetiva da obrigação de indenizar, que dispensa a constatação da culpa, ainda que possa ser afastada pela quebra do nexo causal. A respeito da evolução da responsabilidade civil à luz do risco e do maquinismo, com enfoque nos contratos de transporte, cite-se MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e da força maior*. São Paulo: Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2021. p. 81-126.

<sup>330</sup> Na lição de JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 90, p. 121-132 (1995). Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67292>. Acesso em: 22 mar. 2021, sobre o fundamento da responsabilidade pré-contratual, critério aqui utilizado para classificar as subespécies de responsabilidade civil: “este [fundamento] nem parece ser contratual, porque ainda não há contrato, nem parece ser conveniente qualificá-lo como extracontratual, eis que estando os candidatos a contratantes em negociações, têm eles, entre si, deveres específicos, por exemplo, o de prestar esclarecimentos um ao outro; ora, um dever específico é como que um vínculo jurídico entre duas pessoas e não se assemelha ao dever genérico de não-prejudicar a outrem – *alterum non laedere* – do art. 159, do CC” (p. 122-123). No mesmo sentido, GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizador Edvaldo Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 155.

<sup>331</sup> Como se observa em JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *In: Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 173-183.

<sup>332</sup> MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte*, cit., p. 333-335. No mesmo sentido, reconhecendo se tratar de hipótese de inadimplemento sua inobservância, ZANETTI, Cristiano de Sousa. Os três tempos do Código Civil de 1916: a boa-fé contratual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 112, p. 583-601, jan./dez. 2017. p. 589.

existência de deveres laterais ao contrato entabulado entre as partes, que derivam da aplicação da boa-fé objetiva, atribui às partes contratantes uma série de deveres específicos positivos e negativos, o que caracteriza responsabilidade contratual<sup>333</sup>. Em sentido diverso, MARTINS-COSTA mantém entendimento de que o dano derivado de infração de tais deveres de proteção, em fase anterior à conclusão do contrato, acarreta o dever de indenizar derivado da responsabilidade extracontratual<sup>334</sup>.

Destaque-se, outrossim, que, na lição de CHAVES DE FARIAS, PEIXOTO, BRAGA NETTO e ROSENVALD<sup>335</sup>, a dicotomia clássica acima apontada foi superada pelo reconhecimento da responsabilidade pela confiança, um *tertium genus* de reparação de prejuízos. Essa proposta, que parece encontrar esteio na obra de CANARIS<sup>336</sup>, justifica o caráter vinculativo da colaboração intersubjetiva para a realização do programa contratual, não em exigências de civilidade (responsabilidade extracontratual), nem em autorregulação dos interesses (responsabilidade contratual), mas na confiança objetivamente despertada,

<sup>333</sup> A esse respeito, cite-se JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: *Estudos e pareceres de direito privado*, cit., p. 183.

<sup>334</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 430, porque “não há obrigação, não há dever de prestação, mas pode se ter configurado a existência de *dever jurídico* de proteção, quando do contato social qualificado”. O tema será aprofundado no item 6.2.2.3.

<sup>335</sup> Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*, cit., p. 103-106. Cite-se: “O processo de formação de um contrato envolve um mínimo de confiança recíproca. Já há um contato social entre os interessados. Em contrapartida, a responsabilidade civil assegura a tutela dos sujeitos e de seus bens contra agressões praticadas por terceiros ‘anônimos’, especificidade que a distancia de uma necessária identificação e interação por meio de uma especial relação entre indivíduos mediante negociações preliminares para a formação de um contrato. Ademais, as partes já estão adstritas a um comportamento diligente, correto e leal – ou uma programação de condutas devidas –, ou seja, um proceder bem diferenciado do que um mandamento geral e genérico de abstenção de causar lesões a outrem, como preconiza a responsabilidade aquiliana. Por outro lado, os contratantes não se encontram (ainda) vinculados por qualquer dever contratual. Os deveres de conduta são infensos a uma origem negocial. A celebração de um contrato requer, estruturalmente, um encontro entre uma proposta e uma aceitação. *A culpa in contrahendo* não se assemelha a uma responsabilidade por frustração de interesses de cumprimento, sendo inconsistente a afirmação de uma ‘responsabilidade contratual sem contrato’”. Em que pese tais ponderações, deve-se anotar que CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2015. p. 584-589, citado como referência por C. CHAVES DE FARIAS *et al.*, não insere, na responsabilidade pela confiança por ele proposta, a responsabilidade pré-negocial, no que tange aos deveres anexos derivados da boa-fé objetiva. Isso porque sua proposta é apresentar um *tertium genus* (autônomo, portanto), baseado em pressupostos específicos, em um sistema relativamente móvel, que opera na gradação da intensidade, mas não permite, regra geral, a ausência de nenhum deles, quais sejam: “uma atitude de confiança alicerçada num fato apto a produzi-la; depois, uma justificação objectiva para essa confiança (pois de ordinário a ligeireza ou a falta de cuidado não merecem ser atendidas); um investimento de confiança, traduzido numa atitude ou actuação que o confiante tenha desenvolvido com base na sua convicção; finalmente, uma imputação da situação a outrem, em termos que justifiquem no plano ético-jurídico a sua responsabilidade”.

<sup>336</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*. München: C. H. Beck, 1971.

que protege as expectativas legítimas de um comportamento conforme as normas jurídicas disciplinadoras da convivência.

Contudo, tem-se que, embora imbricados, o princípio da confiança e a boa-fé, que tanto pode ser tomada como princípio quanto por cláusula geral, não se coadunam com a configuração de uma nova modalidade de responsabilidade, ao menos no Direito Civil brasileiro<sup>337</sup>. As especificidades do ordenamento jurídico alemão, que teriam justificado o reconhecimento de um novo tipo de responsabilidade, para abarcar hipóteses que não se encontravam compreendidas no rol taxativo das normas em vigor, não estão presentes em nosso ordenamento jurídico. Ademais, conceitos jurídicos indeterminados e demasiado abertos devem ser adotados *cum grano salis*, na medida em que aumentam a insegurança jurídica, diante da possibilidade de soluções voluntaristas<sup>338</sup>.

Tendo em vista que há uma interdependência escalonada entre os princípios que regem as relações negociais do Direito Privado, a fim de manter-se a coerência substancial, conclui-se que os particulares estipulam regras para si (autonomia privada), assumindo a responsabilidade por seus atos (autorresponsabilidade), sendo o ajuste conformado por parâmetros de conduta (boa-fé), bem como pela proteção das expectativas suscitadas no outro (proteção à confiança). Dessa forma, o princípio da confiança correlaciona-se, especialmente, ao afastamento da formulação objetivista da Teoria da Declaração, para

---

<sup>337</sup> Mesmo que nos limitássemos à análise das lições de MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 228-233, para quem a responsabilidade pré-contratual teria natureza extracontratual. Em semelhante posição, COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 301. Destaque-se a posição de MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 4. reimpr. Coimbra: Almedina, 2011. p. 554, n. 99: “Forçar-se-á que os deveres de proteção, tal como foram definidos e aplicados pela jurisprudência alemã, podem ser dispensáveis nas ordens jurídicas em que, na linha do Cód. Napoleão, vigorem cláusulas gerais de responsabilidade civil, o que não acontece na alemã”.

<sup>338</sup> A esse respeito, cite-se a lição de STAUDINGER; BALDUS, Christian. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Band Einl zum BGB; §§ 1–14; VerschG (no prelo). p. 27: “Die Intensität, mit der über die Auslegung von Generalklauseln diskutiert wird, erklärt sich nicht nur aus deren hoher praktischer Bedeutung. Vielmehr wirkt die Erfahrung der NS-Zeit nach: Recht ist seinerzeit nicht nur geändert und nicht nur schlicht gebrochen worden (dies geschah ohnehin), es wurde oft genug auch umgedeutet, wobei den nationalsozialistisch orientierten Juristen die methodologische Verunsicherung der Zwischenkriegszeit zu Gute kam. Im Namen einer Bekämpfung angeblichen ‘Formalismus’ und ‘Positivismus’ nahm man sich Auslegungsfreiheiten heraus, um altem Recht neue Inhalte zu unterlegen. Die kritische Auseinandersetzung mit dieser Form der Demontage des Rechtsstaats hat erst knapp eine Generation nach Kriegsende voll eingesetzt”. Tradução livre: *A intensidade com que a interpretação das cláusulas gerais é discutida não é apenas explicado por sua grande importância prática. Em vez disso, atua a experiência da era nazista: naquela época, a norma não era apenas alterada nem simplesmente inobservada (isso aconteceu de qualquer maneira), era, com bastante frequência, reinterpretada, por meio do que os juristas de orientação nacional-socialista beneficiaram a incerteza no período entre guerras. Em nome de uma luta contra o suposto “formalismo” e “positivismo”, receberam liberdade de interpretação para adicionar novos conteúdos à lei antiga. A discussão crítica sobre esta forma de desmantelamento do Estado de Direito foi utilizada totalmente apenas uma geração após o fim da guerra.*

prevalecer a expectativa legitimamente gerada no destinatário, como adotado pelo Código Civil de 2002 (art. 112)<sup>339</sup>.

A respeito desse binômio vontade e declaração de vontade, JUNQUEIRA DE AZEVEDO<sup>340</sup> critica tanto a teoria da responsabilidade como a da confiança, na medida em que seriam insuficientes para explicar o predomínio da vontade ou da declaração: dessa maneira, a teoria da responsabilidade, a despeito de avalizar a prevalência da vontade, admite a exceção pela qual, havendo culpa do declarante, o ato será válido; a teoria da confiança, por seu turno, que corrobora a necessidade de o declarante arcar com o ônus da confiança que incita no outro, salientando-se o papel da declaração sobre a vontade, admite a investigação da vontade interna nas hipóteses de dolo ou culpa do destinatário. Não obstante, o que merece destaque aqui, igualmente, é o fato de que a confiança despertada é referida como aspecto relevante para a compreensão da vontade manifestada por aquele que pratica um negócio jurídico.

---

<sup>339</sup> Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: [s. n.], 2006. v. 2. p. 241-273, p. 248: “Consagrada no Código Civil de 2002 a teoria da confiança, pode-se afirmar, com renovado vigor, que, na interpretação das diversas cláusulas de um contrato, devem-se considerar vinculantes os deveres que, manifestados pelas partes, suscitam em ambas uma compreensão comum quanto ao conteúdo da declaração”. Ressalte-se que CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, cit., p. 412, acentua que o caráter vinculante do negócio jurídico não decorre da responsabilidade pela confiança: “Dass der Vertrauensgedanke innerhalb der Rechtsgeschäftslehre eine wesentliche Rolle spielt, ist nicht ernsthaft zu bezweifeln. Daraus folgt aber nicht ohne weiteres, daß er, wie nicht selten behauptet wird, den tragenden Geltungsgrund für die Verbindlichkeit des Rechtsgeschäfts bildet und daß man die Bildung kraft Rechtsgeschäfts daher als einen Unterfall der Vertrauenshaftung begreifen könnte. Richtig ist vielmehr, daß der Geltungsgrund im Prinzip der Privatautonomie zu sehen ist und daß dieses gegenüber dem Vertrauensgedanken selbständigen Rang besitzt”. Tradução livre: Não há dúvida séria de que a ideia de confiança desempenha um papel essencial na teoria jurídica dos negócios. Não decorre disso, no entanto, que seja, como não raramente afirmado, a principal razão para a vinculatividade do negócio jurídico e que se poderia, portanto, entender a formação em virtude de um negócio jurídico como um subcaso de responsabilidade pela confiança. Em vez disso, é correto que o fundamento da validade deve ser visto no princípio da autonomia privada e que este tem uma posição independente em relação à ideia de confiança.

<sup>340</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 86-87. A respeito dos limites da responsabilidade pela confiança, na compreensão da validade do negócio jurídico, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, cit., p. 418, bem destaca, criticando Craushaas que se vale, nesse ponto, da proibição do *venire contra factum proprium*: “[...] denn warum eine Regelung auch dann gelten soll, wenn sie in der Erklärung nicht den geringsten Ausdruck gefunden hat und wenn daher gar kein Vertrauenstatbestand gegeben war, die Parteien sich vielmehr nur durch einen glücklichen Zufall richtig verstanden haben, ist vertrauenstheoretisch schlechterdings nicht zu begründen”. Tradução livre: [...] porque uma disposição também deveria ser válida se não encontrou a menor expressão na declaração e, portanto, se não havia nenhuma situação de confiança, em vez disso, as partes se entenderam corretamente apenas por meio de uma feliz coincidência, não pode ser justificado em termos da teoria da confiança.

## 6.2.2 Da tutela da confiança e de seus vários significados

### 6.2.2.1 Interseção com a culpa in contrahendo

Verifica-se, porém, que a transposição da teoria da confiança para o âmbito da responsabilidade civil não se revela harmônica com as peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro. Pouca importância tem sido atribuída pelos diversos estudos apresentados no Brasil ao método de análise do Direito estrangeiro, sobretudo a fim de importar institutos alienígenas. Somente por meio da observância da metodologia própria do Direito Comparado é que se pode reconhecer ou adotar certa figura em ordenamento jurídico diverso.

Sendo assim, como premissa científica, faz-se mister apontar o uso, neste estudo, do método funcional, pelo qual não se avaliam isoladamente normas ou conceitos dogmáticos, mas se toma como base um conflito da vida real e os mecanismos previstos para sua solução em cada um dos sistemas jurídicos<sup>341</sup>. Destarte, caso haja outros instrumentos no ordenamento jurídico brasileiro, inexistentes no direito alemão, não se vislumbra o mesmo âmbito de aplicação da responsabilidade pela confiança.

Inicialmente, impõe-se consignar que a responsabilidade pré-contratual foi apresentada por JHERING<sup>342</sup>, na qual afastou seu possível enquadramento no âmbito extracontratual, por ausência de específica forma de lesão. Como consabido, inexistente, no Direito alemão, cláusula geral de responsabilidade aquiliana, como presente no Direito

<sup>341</sup> Cf. SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 10, v. 40, p. 139-150, out./dez. 2009. p. 148-150.

<sup>342</sup> JHERING, Rudolf. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução e nota introdutória Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 18-21. Destaque-se: “Aquele ligação entre a culpa e a relação contratual poderia hipoteticamente ser tão-só exterior, isto é, a própria culpa poderia ser extracontratual, apenas encontrando na conclusão exterior do contrato a possibilidade *fáctica* para a sua realização, sem, todavia, ser minimamente influenciada na sua natureza jurídica por esta ligação com o contrato. Simplesmente, a ligação é realmente interna, a culpa que aqui nos aparece é bem daquele mesmo tipo que, afora estes casos, só conhecemos em relações contratuais. Não existiriam de todo dificuldades em indicar, para os diversos tipos da nossa culpa (v. infra, III), decisões análogas das nossas fontes, mas todas apenas concernentes a relações contratuais, e nenhuma para relações extracontratuais. [...]. Se, em especial, considerarmos o caso, acima referido, do lapso de escrita, ninguém terá dúvidas, nem de que um tal lapso não obriga nas relações extracontratuais – apesar de poder aqui causar os maiores danos, tal como em relações contratuais –, nem de que numa relação contratual *formada* ele obriga a indenizar. *Se esse lapso deve ter o mesmo efeito numa relação contratual em formação, tal não é diferente de o sujeitar aos princípios sobre a responsabilidade contratual*. E do mesmo modo o erro, a escolha errada do núncio, etc.; em relações extracontratuais não têm qualquer significado, em relações contratuais obrigam a indemnizar. Um critério seguro da culpa contratual é, segundo o direito romano, a transmissão da obrigação para os herdeiros; onde falta a transmissão, a culpa é extracontratual, onde existe, é contratual. Não será de todo necessário observar que na nossa acção de indemnização tem de admitir-se a transmissão. *Desta forma já se decidiu mediatamente, porém, que se trata aqui de uma pretensão de tipo contratual*” (p. 20-21) (grifos nossos).

francês e no brasileiro. Ainda que em obra anterior ao BGB<sup>343</sup>, o jurista reconhece a presença de culpa relacionada à relação contratual, uma vez que há a aparência de um contrato regularmente firmado, no intuito de contemporizar a ausência de fundamento jurídico, segundo a compreensão do ordenamento alemão então vigente, para a reparação dos danos incorridos no caso de contrato inválido por culpa daquele que causou o prejuízo. Ao justificar a proteção às legítimas expectativas, a partir de deveres de proteção e de boa-fé, o renomado jurista atribui, com efeito, grande ênfase ao papel da confiança no tráfego negocial. Contudo, observa-se que um ponto nodal, então apresentado, seria a produção de efeitos por um contrato nulo – que levam à indenização –, o que JHERING equaciona, afirmando que a nulidade, nesses casos, não determina a total falta de efeitos do ajuste, que segue produzindo determinadas consequências jurídicas.

Desse modo, a perspectiva sobre a reparação derivada de um contrato que não se aperfeiçoou, por culpa de uma das partes, desemboca em um conceito semelhante ao de atos anuláveis, que leva à restituição das partes ao *statu quo ante* ou à indenização pelo

---

<sup>343</sup> Não se pode desconsiderar as circunstâncias em que escrito o referido texto. Antes da codificação do Direito Civil, na Alemanha, tinha-se, em contraposição aos demais países europeus, um direito fragmentado e com forte influência jurisprudencial, prevendo a aplicação subsidiária do Direito Romano, o que, ao mesmo tempo, conferia maior abertura a inovações e estimulava o raciocínio indutivo. Na lição de ZIMMERMANN, Reinhard. O Código Civil alemão e o desenvolvimento do direito privado na Alemanha. Tradução, revisão e notas Arthur Maximus Monteiro, João Carlos Mettlach, Otávio Luiz Rodrigues Júnior e Jan Peter Schmidt. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: RT, ano 4, v. 12, jul./set. 2017. p. 318-319: “Os territórios da Prússia, incluindo a Vestefália, Bayreut e Ansbach, eram governados pelos *Preußisches Allgemeines Landrecht*. Na Província do Reno, na Alsácia e na Lorena aplicava-se o *Code Civil*. O Grão-Ducado de Baden adotara o *Badisches Landrecht*, o qual era baseado em uma tradução do *Code Civil*. O Reino da Saxônia promulgou seu próprio código civil em 1865. Alguns lugares da Baviera viviam de acordo com o direito austríaco, enquanto em partes de Schleswig-Holstein prevalecia a lei dinamarquesa. A maioria dos territórios alemães remanescentes (compreendendo, em 1890, quase 30% do *Deutsches Reich*) ainda aplicava a lei de acordo com o *ius commune*. Mas o *ius commune* era aplicado apenas *in subsidio*. Inúmeras leis locais e territoriais mais específicas poderiam regular um determinado litígio: desde textos do século XIII, como o famoso *Sachsenspiegel*, de Eike von Repgow, até o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756, do Barão von Kreittmayr; desde o *Neumünsterische Kirchspielgebräuche* ao *Nassau-Katzenelnbogensche Landes-ordnung*. Assim, por exemplo, havia em geral mais de uma centena de diferentes normas regulando as sucessões *post-mortem*. Não obstante, nos territórios alemães, uma fundamental unidade intelectual continuou a existir ao longo do século XIX. Essa unidade foi fortemente promovida pela Escola Histórica de Direito de Savigny e pela doutrina jurídica pandectista que dela emergiu. Desse modo, a versão contemporânea do Direito Romano não se aplicava somente nas áreas regidas pelo *ius commune*; mesmo em países de direito codificado ele forneceu a teoria jurídica subjacente. Ela forneceu o ponto de referência incontornável para a compreensão e a avaliação das codificações e das leis territoriais. Era, portanto, perfeitamente possível que um professor de Direito fosse chamado de Königsberg para Estrasburgo, de Gießen para Viena, ou de Heidelberg para Leipzig. Nem mesmo os estudantes de Direito, no que se refere à escolha e à mudança de universidade, estavam confinados às instituições do Estado no qual mais tarde viriam a exercê-lo. Nem o código prussiano, nem o *Code Civil* ou o código civil da Saxônia tornaram-se base da formação jurídica oferecida nas universidades dos respectivos Estados. Assim como as leis codificadas começaram a ser negligenciadas e, posteriormente, ‘pandectificadas’ pela doutrina jurídica contemporânea, elas dificilmente constituem mais do que um apêndice aos cursos de Direito Privado Romano nos currículos das faculdades de Direito do século XIX”.

equivalente, como preleciona o art. 182 do Código Civil brasileiro. As teorias sobre a distinção entre os planos do negócio jurídico – sobretudo entre a validade e a eficácia – remanescem, não obstante objeto de divergências conceituais, podendo-se falar em negócio nulo que produz eventualmente efeitos, ou negócios anuláveis que passam, aparentemente, ao plano da eficácia<sup>344</sup>. Não é de estranhar que essa dificuldade que a doutrina ainda hoje encontra para explicar as exceções à regra das consequências decorrentes da invalidade do negócio jurídico estivesse em estágio ainda mais rudimentar no período do direito alemão pré-codificado.

A *culpa in contrahendo*, na práxis germânica, desponta para superar as restrições da responsabilidade extracontratual, a fim de que fossem também indenizáveis danos exclusivamente patrimoniais, além de o devedor responder por seus prepostos, nos termos da responsabilidade contratual (portanto, com inversão do ônus da prova da culpa a favor do credor). Ressalte-se, a propósito, o caso do “carpete de linóleo”, no qual o *Reichsgericht*<sup>345</sup> reconheceu a responsabilidade pré-contratual do dono da loja de carpetes pelo dano causado a uma cliente, enquanto ainda escolhia o produto, por reconhecer deveres de proteção à integridade física e à propriedade mesmo durante uma relação negocial preparatória. Nesse caso, embora tenha havido debates doutrinários acerca da natureza extracontratual ou contratual de tal responsabilidade, a Reforma de Modernização do Direito Obrigacional de 2002 inseriu, expressamente, os deveres anexos de proteção da contraparte (*Schutzpflichten*), mesmo que no momento das negociações, na responsabilidade contratual (§§ 241, II, e 311, II, ambos do BGB)<sup>346</sup>.

#### 6.2.2.2 Da responsabilidade pela confiança como figura autônoma

Por seu turno, a defesa de uma responsabilidade decorrente da confiança inicia-se com Günther Haupt e Hans Dölle, igualmente, para suprir o problema do direito alemão de contar com um sistema de responsabilidade extracontratual fechado e que não amparava certas situações diante da expansão da *culpa in contrahendo*. Haupt reconheceu, em 1941, a

<sup>344</sup> Consoante JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico*, cit., p. 64: “Todavia, é inegável que os casos de efeitos do nulo são exceções no sistema de nulidades e como tais devem ser tratadas. Os efeitos do nulo não são, em sua maior parte, também como havíamos salientado, efeitos do próprio ato (isto é, os efeitos manifestados como queridos), e, portanto, nesses casos, não se pode dizer que o negócio tenha passado para o plano da eficácia [...]”.

<sup>345</sup> Reichsgericht 7 12 1911. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (RGZ), t 78 (1912). p. 239.

<sup>346</sup> Nesse sentido: SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado, cit., p. 147-148.

possibilidade de constituição de relações jurídicas de tipo contratual a partir de comportamentos materiais, sem que houvesse declarações negociais nem deveres decorrentes de lei. Desse modo, pretendia-se superar as concepções de contratos tácitos, protegendo relações contratuais surgidas sem prévia troca de proposta e aceitação, o que revela o mesmo intuito protetivo do que hoje configura o direito do consumidor. DÖLLE, por seu turno, introduziu, em 1943, as ideias de confiança e necessidade de sua proteção, do escopo do negócio e do respeito pelo patrimônio de cada um, introduzindo os deveres de proteção, assistência, esclarecimento e entrega patrimonial, sendo os da segunda categoria relacionados aos §§ 157 e 242 do BGB<sup>347</sup>.

Após algumas outras contribuições da doutrina alemã, CANARIS apresentou, em 1971, sua obra *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht* (“A responsabilidade pela confiança no Direito Privado alemão”), na qual se propôs a sistematizar o tema da responsabilidade derivada da confiança, que seria subdividida em responsabilidade pela aparência do direito<sup>348</sup> e responsabilidade pela confiança em virtude da necessidade ética conforme o § 242 do BGB (cláusula da boa-fé objetiva)<sup>349</sup>. Na referida obra, reconhecendo

---

<sup>347</sup> Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 555-562. Conforme DÖLLE, Hans. *Aussergesetzliche Schuldspflichten. Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft/Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Bd. 103, H. 1, p. 67-102 (1963). A respeito dos deveres de esclarecimento, DÖLLE defende: “Denn entweder beruhen diese Pflichten unmittelbar auf dem Gesetz oder doch mittelbar, da sie regelmäßig auf eine Gesetzesanalogie oder auf die Auslegung oder Ergänzung des rechtsgeschäftlichen Parteiwillens zurückgeführt werden können. Nur im Fall bloßer Vertragsverhandlungen oder nicht wirksam gewordener rechtsgeschäftlicher Beziehungen liegt es anders. Dort, wo in unserem Gesetz ausdrücklich jemandem geboten wird, einem anderen eine Anzeige oder Mitteilung zu machen oder eine Aufklärung zu geben, handelt es sich durchweg um Verpflichtungen, die im Rahmen eines bereits bestehenden Geschäftsverhältnisses erwachsen oder um solche, die bei der Begründung eines Rechts-, insbesondere eines Vertragsverhältnisses entstehen. So bewegen sich denn auch die Analogien, deren man sich für eine erweiterte Anerkennung von Aufklärungspflichten bedient, im Bereich rechtsgeschäftlicher Beziehungen, und auch dort, wo man mit Hilfe der §§ 157 oder 242 BGB, jemanden für gehalten erklärt, einem anderen von einer Tatsache Mitteilung zu machen, handelt es sich regelmäßig um die Auslegung oder Ergänzung des rechtsgeschäftlichen Willens den Parteien oder der auf ihn gegründeten rechtsgeschäftlichen Verhältnisse”. Tradução livre: *Isso porque essas obrigações [de esclarecimentos] baseiam-se diretamente na lei ou, pelo menos, indiretamente, uma vez que podem ser regularmente atribuídas a uma analogia jurídica ou à interpretação ou complementação da vontade jurídica das partes. A situação é diferente apenas no caso de meras negociações contratuais ou relações jurídicas que não se tornaram efetivas. Quando nossa lei exige expressamente que alguém denuncie ou informe outra pessoa ou forneça informações, essas são todas obrigações que surgem no contexto de uma relação negocial já existente ou que surgem quando uma relação jurídica é estabelecida, em particular uma relação contratual. Assim, as analogias que são usadas para um reconhecimento ampliado das obrigações de esclarecimento encontram-se na área de relações jurídicas negociais, e também quando, com a ajuda dos §§ 157 ou 242 do BGB, alguém é considerado esclarecido por outrem sobre um fato comunicado, correspondendo, em regra, à interpretação ou complementação da vontade negocial das partes ou das relações negociais nelas baseadas.*

<sup>348</sup> Anote-se que, embora criticada por MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 1234, essa terminologia foi amplamente adotada pela doutrina nacional.

<sup>349</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, cit., p. 266: “Die Rechtsscheinhaftung trägt vorwiegend der ‘generalisierenden’, am Zweck des Verkehrsschutzes ausgerichteten Tendenz des Vertrauensgedankens Rechnung. Dieser hat daneben aber auch noch eine

a pertinência das críticas de GERNHUBER, segundo o qual requisitos rígidos devem ser fixados para fundamentar uma pretensão com base no § 242 do BGB, diversamente dos casos de perda de direitos, tendo em conta o princípio da autonomia privada, CANARIS defende a expansão dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, a partir das ilações que derivam da possibilidade de defender-se contra ações dolosas, contrárias à boa-fé (*exceptio doli*) e que não se revelam incompatíveis com a legislação em vigor. Nesse passo, desenvolve a compreensão de que os princípios que sustentam a *exceptio doli* são manifestações da ideia de confiança, ou, ao menos, precisam estar vinculados a ela para estendê-la<sup>350</sup>.

Ao analisar a possibilidade de reconhecermos um princípio da confiança, nos mesmos moldes, com enfoque para o direito português, MENEZES CORDEIRO apresenta os seguintes pressupostos: (i) uma situação de confiança em a pessoa ignore estar a lesar direitos de outrem (conforme a boa-fé subjetiva); (ii) que essa confiança seja justificada por elementos objetivos que provoquem uma crença plausível, aspecto dispensável se aquele primeiro assume particular intensidade; (iii) um investimento em confiança, por meio de atos que revelem a crença; (iv) e, em situações abrigadas pela boa-fé objetiva, a imputação da situação de confiança criada ao prejudicado em causa. Além de acentuar que, diante de um sistema móvel, em casos particulares, pode estar ausente um ou outro pressupostos, tendo a proteção da confiança por consequência a preservação da posição de alguém ou o surgimento de um dever de indenizar<sup>351</sup>.

Ressalte-se, porém, a crítica à transposição da importância sociológica da confiança para sua aceitação pelo Direito sem preocupações metodológicas, impondo-se reforçar o papel do legislador na escolha dos fenômenos juridicamente protegidos, bem como se observando o aspecto contraditório da proteção da confiança, que, em prol da crença de

---

‘individualisierende’, stärker auf die Verwirklichung *rechtsethischer Postulate* zielende Tendenz, und es fragt sich daher, ob nicht auch diese reine spezifische Form des ‘positiven Vertrauensschutzes’ – d.h. insbesondere der ‘Erfüllungshaftung’ – zugeordnet werden kann”. Tradução livre: *A responsabilidade pela aparência carrega, predominantemente, a tendência “generalizante” da consideração da ideia de confiança, que se orienta para o propósito de proteção do tráfico. Além disso, no entanto, isso [a ideia de confiança] também tem uma tendência “individualizante” voltada mais para a concretização de postulados éticos jurídicos, e a questão é, portanto, se isso também não pode ser atribuído a uma forma específica de “proteção positiva da confiança” – isto é, em particular à “responsabilidade pelo cumprimento da prestação”*. A teoria da aparência, nesse contexto, estaria mais relacionada à proteção da boa-fé subjetiva, consoante LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 149-150.

<sup>350</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, cit., p. 270-271. A propósito de princípios que são manifestações da ideia de confiança, refere-se à proibição do *venire contra factum proprium*, que WIEACKER, de modo acertado, designou como “uma aplicação dos princípios da confiança no tráfico jurídico”.

<sup>351</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 1248-1249.

determinado indivíduo, sempre atua em sentido contrário ao sujeito beneficiário da regulação material. Com efeito, conceitos com certo grau de indeterminação só se tornam produtivos diante de um estudo detalhado sobre os institutos singulares, não se admitindo simplesmente a adoção de um princípio a partir de preceitos legais desordenadamente aglutinados, como se viu, por exemplo, na jurisprudência do primeiro pós-guerra. Do mesmo modo, a tese de CANARIS merece ser criticada no ponto em que extrai previsões heterogêneas da responsabilidade pela confiança, bem como recorre a uma necessidade ético-jurídica, que, além de não cumprir exigências metodológicas, pretere a natureza jurídica da boa-fé objetiva<sup>352</sup>.

Destaque-se, ainda, na doutrina portuguesa mais recente, CARNEIRO DA FRADA, que reconhece, de forma autônoma em relação às tradicionais responsabilidade contratual e extracontratual, a responsabilidade pela confiança, em situações bem específicas, nas quais o único fundamento da obrigação de indenizar recaía sobre a frustração da confiança originada em outrem, de modo objetivamente considerado. O ponto central é não confundir a confiança como (único) fundamento e como finalidade à qual visam diversas soluções jurídicas<sup>353</sup>. Faz-se mister ressaltar, contudo, que, diferentemente do direito brasileiro, não há, no ordenamento jurídico português, uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, o que pode justificar o esforço dos operadores do Direito, inclusive a jurisprudência, de buscar balizas jurídicas – ainda que em princípios gerais – para que haja reparação de situações de danos injustamente provocados.

---

<sup>352</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 1234-1248. Destaque-se: “A existência da ordem jurídica, com a onticidade que lhe advém da repetição das suas manifestações, conduz à rigidez mínima que concita a previsibilidade. Neste sentido, o Direito surge como fator de confiança, propiciando a redução das complexidades, base de qualquer decisão. Em tal processo, o Direito actua como que alheio à confiança que provoca, diluída sob as necessidades conhecidas de estabilidade e de segurança. Quando se fala de confiança, não se tem em mente a generalidade desse fenómeno, tal como a reflexão sociológica o revela; cura-se, antes, da eficácia demonstrada por situações concretas de confiança, quando o Direito, deixando a indiferença relativa à crença que suscite, passe a indagá-la e a associar-lhe efeitos” (p. 1243).

<sup>353</sup> Cite-se, a esse respeito, CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., p. 901-902. Não nos parecem acertadas as conclusões do jurista português, ao cotejar a responsabilidade pela confiança com a *culpa in contrahendo*: “Problemático é no entanto aceitar e justificar que a titularidade do interesse económico prosseguido através de um contrato celebrado por outrem legitime por si a sujeição de alguém a um estatuto de deveres perante a outra parte no negócio como se ela própria fosse parte nesse mesmo contrato e estivesse vinculada por essa via aos direitos e deveres dele emergentes” (p. 123), porque a teoria da aparência encontra arrimo em nosso ordenamento jurídico.

### 6.2.2.3 Críticas à utilidade e adequação do instituto no direito brasileiro

As críticas apresentadas nas discussões lusitanas – desmensurada extensão e amorfismo – por um tal conceito aberto e indeterminado, embora não sejam suficientes para excluir qualquer plano de aplicação de uma responsabilidade pela confiança no direito português, justificam, porém, sua não adoção no ordenamento jurídico brasileiro<sup>354</sup>. É que cada ordenamento deve ser apreciado na sua singularidade, sendo que a boa técnica jurídica – que sustenta a própria legitimidade do Direito enquanto Ciência Humana – requer que evitemos fundamentos que não possam ser delimitados, servindo apenas de modo retórico para a solução de casos concretos. Impõe-se muita cautela para que o magistrado não se valha de princípios – por natureza, abertos e abstratos – para deduzir certa conclusão desejada, não raro de forma mais simples e rápida, em detrimento das valorações específicas do legislador, como quem emprega uma “varinha de condão”<sup>355</sup>.

Não se pode perder de vista, outrossim, que a propalada responsabilidade pela confiança coincide, em grande medida, com a *culpa in contrahendo*, ao menos pelo viés de implicar o nascimento de deveres decorrentes de ligações especiais entre os agentes

<sup>354</sup> E uma das razões para tanto é justamente a compreensão de que a confiança é um dos fatores materiais da boa-fé, cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 1251. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 229-233, se, de um lado, defende que a responsabilidade pela confiança está abarcada pela cláusula geral da responsabilidade aquiliana (p. 233, n. 152), de outro, reconhece a existência de um princípio da confiança (como proteção das expectativas legítimas). Observam-se aspectos metodologicamente questionáveis, no seguinte ponto, em que é apresentada uma definição fluida de confiança, que ora se relaciona à forma de interpretar a manifestação negocial, ora à proteção às expectativas legitimamente criadas: “A manifestação negocial, assim, constitui a confiança legítima, ao mesmo tempo em que o negócio jurídico se fundamenta na confiança gerada na declaração. Explica-se, assim, que, quando do exercício jurídico, o Direito não tolere condutas deslealmente contraditórias e proteja o legítimo ‘investimento de confiança’ exemplificativamente: (i) invalidando, ou limitando a eficácia [*sic*] de atos fraudadores da legítima confiança investida, para tanto, atuando *via* figuras específicas (e.g.: os vícios redibitórios, Código Civil, artigos 441-446; a invalidade e/ou indenizabilidade, no caso de dolo por omissão informativa, CC, art. 147); (ii) por meio de uma cláusula geral de ilicitude no modo de exercício, assim cominando o exercício manifestamente divorciado dos ditames da boa-fé (Código Civil art. 187); (iii) no campo da responsabilidade pré-contratual, quando os danos derivados da infração aos deveres pré-contratuais de conduta estão ligados numa ‘relação etiológica’ à confiança, ocorrendo, por força da boa-fé objetiva em sua conexão com ‘situações de confiança’, faz nascer deveres tendentes a evitar nos parceiros pré-negociais representações injustificadas – e injustificadas em razão da especial posição assumida pelos sujeitos – bem como a prevenir danos ocasionáveis pela especial aproximação que os interessados mantiveram; (iv) na hipótese de responsabilidade por declarações não-negociais; acordos de fato; emissão de prospectos e mensagens publicitárias; recomendações, opiniões e conselhos; (v) nos casos apanhados pela Teoria da Aparência, como a responsabilidade pelo falso procurador; bem como (vi) responsabilidade dos *experts* frente a terceiros”.

<sup>355</sup> A esse respeito, valiosa é a visão de um jurista estrangeiro: SCHMIDT, Jan Peter. Dez anos do art. 422 do Código Civil: luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé objetiva na práxis judicial brasileira. Traduzido por Bruno Carvalho Dantas. In: GOMES, Elena de Carvalho; MARX NETO, Edgard Audomar; FÉRES, Marcelo Andrade (org.). *Estudos de direito privado: liber amicorum* para João Baptista Villela. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 119-135.

econômicos antes da conclusão do contrato. A responsabilidade por culpa na formação dos contratos (*culpa in contrahendo*), por seu turno, não se amolda a uma nova modalidade de reponsabilidade, mas antes se associa à boa-fé objetiva<sup>356</sup>. Nesse sentido, LOOSCHELDERS<sup>357</sup> sintetiza, ao tratar do âmbito de aplicação do § 242 do BGB<sup>358</sup>, que, embora do termo devedor (*Schuldner*) se possa deduzir que deve haver uma relação obrigacional (*Schuldverhältnis*) entre as partes envolvidas, grande parte da doutrina alemã se satisfaz com um vínculo jurídico especial<sup>359</sup>.

Atentando-se ao método funcional, o reconhecimento da responsabilidade pré-contratual, no sistema jurídico brasileiro, coaduna-se com sua forma de aplicação no direito alemão, ainda que aqui se tenha uma cláusula geral de responsabilidade extracontratual, inexistente naquele outro sistema jurídico. Contudo, a disposição em uma terceira categoria – responsabilidade pela confiança – revela-se, de um lado, uma solução, de certo modo, simplista, pois se recusa a uma observação detida de suas características, o que permitiria enquadrá-la conforme sua maior aproximação a uma ou outra modalidade de responsabilidade; de outro, a nova classificação redundante em maiores dificuldades de estabelecimento das consequências decorrentes da sua configuração, diante da ausência de norma, não apenas escrita, mas também jurisprudencial ou costumeira<sup>360</sup>. Dessa feita, além

<sup>356</sup> Como defendido por JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *In: Estudos e pareceres de direito privado*, cit., p. 183. Em sentido contrário, defendendo tratar-se de responsabilidade extracontratual, o que, *a contrario sensu*, implica refutar um *tertium genus*, COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 301.

<sup>357</sup> LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*. 17. Auflage. München: C. H. Beck, 2019. p. 29-30.

<sup>358</sup> “§ 242 Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.” Tradução livre: *O devedor é obrigado a desempenhar a prestação, conforme exigido pela boa-fé em atenção aos costumes do tráfico comercial*.

<sup>359</sup> BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*. 38. Auflage. München: C. H. Beck, 2014. p. 76-79, reconhecem a boa-fé objetiva como princípio e cláusula geral, que vigora nos diversos ramos do Direito, ainda que de aplicação subsidiária, quando não há um dispositivo legal específico que permita solucionar o caso concreto.

<sup>360</sup> Dessa forma, a solução adotada pela Terceira Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça que privilegia a *culpa in contrahendo*: “A responsabilidade pré-contratual não decorre do fato de a tratativa ter sido rompida e o contrato não ter sido concluído, mas do fato de uma das partes ter gerado à outra, além da expectativa legítima de que o contrato seria concluído, efetivo prejuízo material” (REsp 1051065/AM, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21.02.2013, DJe 27.02.2013), revela-se mais adequada do que a esposada pela Quarta Turma: “A responsabilidade pela quebra da confiança possui a mesma *ratio* da responsabilidade pré-contratual, cuja aplicação já fora reconhecida pelo STJ (REsp 1051065/AM, REsp 1367955/SP). O ponto que as aproxima é o fato de uma das partes gerar na outra uma expectativa legítima de determinado comportamento, que, após, não se concretiza. O ponto que as diferencia é o fato de, na responsabilidade pré-contratual, a formalização de um contrato ser o escopo perseguido por uma das partes, enquanto que na responsabilidade pela confiança, o contrato, em sentido estrito, não será, ao menos necessariamente, o objetivo almejado” (REsp 1309972/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27.04.2017, DJe 08.06.2017). Da leitura do inteiro do teor do segundo acórdão observa-se que estão presentes os elementos da responsabilidade pré-contratual entre IBM e Radiall (produtora de conectores), como se extrai do seguinte trecho do voto do relator: “Deveras, a IBM portou-se, desde o início das tratativas, como negociante, com a apresentação de

de equívocos metodológicos, a adoção de tal compreensão aumentaria a instabilidade jurídica, agravando os riscos dos negócios em contraposição à função primária do Direito<sup>361</sup>.

Não se pode perder de vista, outrossim, que a inserção da responsabilidade decorrente de violação de deveres extraídos da boa-fé objetiva, antes da conclusão do contrato, no direito alemão, no âmbito da responsabilidade contratual, no que foi seguido pelos ordenamentos jurídicos italiano e português<sup>362</sup>, justifica-se, em grande medida, diante das peculiaridades daquele sistema de responsabilidade civil, que admite apenas um rol taxativo de ilícitos civis – hipóteses de indenização extracontratual, nas quais não se inclui a quebra de deveres pré-contratuais<sup>363-364</sup>. No direito brasileiro, contudo, e sem descurar de doutrina que se vale da origem da responsabilidade pré-contratual – quebra de deveres anexos ao contrato – para definir sua natureza jurídica, cumpre asseverar que a compreensão – pautada nas consequências de sua configuração, como preceitua o método funcional de direito comparado, privilegiando o conflito da vida real e os mecanismos previstos para sua solução – conduz a conclusão diversa.

---

seu projeto, e, enquanto titular deste, repassando à Radiall as especificações técnicas do produto a ser fabricado, assim como as condições do negócio (tempo de produção do Blue Bird e, conseqüentemente, dos conectores e antenas, periodização, dentre outras) e não é novidade que por mais que inexista contrato formal, o direito deve proteger o vínculo que se forma pela repetição de atos que tenham teor jurídico, pelo simples e aqui tantas vezes repetido motivo: protege-se a confiança depositada por uma das partes na conduta de seu parceiro negocial”. Isso porque presente o dever de lealdade decorrente da boa-fé objetiva, também aplicável à fase pré-contratual. Cf. ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 204-205.

<sup>361</sup> A esse respeito, ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 261-262, aponta entre as funções da dogmática jurídica, enquanto Ciência do Direito em seu sentido mais estrito e próprio, a de estabilização, que “com a ajuda de enunciados dogmáticos, se fixam e se fazem, portanto, reproduzíveis, determinadas soluções a questões práticas. [...] Isso é de considerável importância, levando em conta o amplo campo das possibilidades discursivas. Se se tivesse de discutir de novo a cada vez, surgiria a possibilidade de que a cada vez – sem que se violassem as regras do discurso jurídico e do discurso prático geral – se alcançarem resultados diferentes. Isso contradiz o princípio da universalidade e, por isso, um aspecto elementar do princípio da justiça”.

<sup>362</sup> Sublinhe-se, contudo, que a inserção no Código Civil ocorreu primeiro nos países latinos e depois na Alemanha, onde tal se deu apenas com a Reforma do Direito Obrigacional em 2002.

<sup>363</sup> Nesse sentido, PALANDT, Otto (Bearbeiter). *Bürgerliches Gesetzbuch*. 73. Neubearbeitete Auflage. München: C. H. Beck, 2014. p. 1370, n. 1: “Dabei werden nicht die Person oder das Vermögen allgemein geschützt, vielmehr knüpfen die den Verletzer treffenden Pflicht an bestimmte Tatbestände an. Schäden, die hiervon nicht erfasst werden, muss der Verletzte selbst tragen”. Tradução livre: *Isso não protege, de modo geral, a pessoa ou a propriedade, mas as respectivas obrigações (de reparar) que recaem sobre o infrator estão, na verdade, vinculadas a certas situações de fato. Os danos que não são cobertos por isto devem ser suportados pela pessoa prejudicada*. Entre nós, cite-se ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*, cit., p. 49-51; STEINER, Renata C. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 36-38.

<sup>364</sup> E mesmo, no Direito alemão, a natureza contratual da responsabilidade pré-contratual foi abandonada, consoante FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. p. 267. Entre nós, defendendo a natureza extracontratual dos deveres pré-negociais, cite-se: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 233; e NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 479.

O prazo prescricional de dez anos, reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça nas hipóteses de responsabilidade contratual, e para qualquer tipo de pretensão dela decorrente<sup>365</sup> – não apenas de cumprimento específico como de indenização por perdas e danos –, não se amolda a um contexto em que não se aperfeiçoou uma relação jurídica formal entre os envolvidos em negociações e tratativas. Poder-se-ia afirmar que se está diante de uma situação entre o grau máximo de distanciamento – presente no ato ilícito sem qualquer contato prévio – e aquele vínculo entre sujeitos que firmaram um contrato, sendo mais condizente com a pacificação social, escopo do Direito, um prazo prescricional mais exíguo, ausente o estímulo para que as partes se componham espontaneamente, de modo a manter a relação contratual.

Além disso, no âmbito da responsabilidade pré-contratual, embora não se exija culpa, tendo em vista que a violação dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva estende-se para além da seara contratual<sup>366</sup> e abrange casos de responsabilidade objetiva, como o exercício inadmissível de posições jurídicas<sup>367</sup>, impõe-se que o lesado demonstre a entrada em negociações – criando legítima expectativa na conclusão do contrato –, bem como o dano que decorre de sua interrupção, não sendo um direito que se revela *tout court*, a partir do inadimplemento contratual<sup>368</sup>. Inexiste relação jurídica obrigacional que justifique falar de

<sup>365</sup> Superior Tribunal de Justiça, EREsp 1281594/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Relator p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 15.05.2019, DJe 23.05.2019.

<sup>366</sup> Cf. ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*, cit., p. 55.

<sup>367</sup> Nesse sentido MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 540-542. A respeito, citem-se lições de FAGGELLA, Gabriele. *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*. 2. ed. Roma: Società Cartiere Centrali, 1918. p. 39-40: “Il fondamento di questa responsabilità non è dunque nè in un vincolo convenzionale obbligatorio a trattare, nè nella colpa del recedente, il quale opera nella legittima sfera del suo diritto, ma in una duplice causa giuridica. La prima consiste in questo: che chi consente verso l'altra parte un lavoro preparatorio antecontrattuale o il concorso in esso, assume con ciò stesso l'obbligazione a risarcirla delle spese e del costo reale del suo lavoro, quando intempestivamente vi receda, sebbene non esista un'obbligazione a trattare. La seconda causa consiste nella distruzione di un valore altrui, cioè di un valore patrimoniale del tratante verso cui si recede, rappresentato dalle spese e dall'opera sostenuta per la nascita del diritto contrattuale, o dal concorso di lui, in considerazione del consenso a trattare del recedente, e dalla possibilità o dalla probabilità del sorgere di quel diritto”. Tradução livre: *A base desta responsabilidade não está, portanto, num vínculo convencional obrigatório de vincular-se, nem na culpa da parte que se retira, que opera na esfera legítima de seu direito, mas em dupla causa jurídica. A primeira consiste nisto: aquela que consente, em relação à outra parte, em um trabalho pré-contratual ou concorre nele assume com isso a obrigação de ressarcir das despesas e do custo real do seu trabalho, quando dele se retira intempestivamente, embora ele não tenha obrigação de vincular-se. A segunda causa consiste na destruição de um bem alheio, isto é, de um valor patrimonial da parte contra a qual se retira, representado pelas despesas e trabalho incorrido pelo nascimento do direito contratual, ou pela sua contribuição, em consideração do consentimento para vincular-se da parte que se retira, e da possibilidade ou probabilidade de surgimento desse direito.*

<sup>368</sup> Assevere-se, contudo, que à parte que foi prejudicada com a violação de algum dever decorrente da boa-fé objetiva, na fase pré-contratual, à míngua de um instrumento formal, incumbe demonstrar a existência de circunstâncias que lhe fizeram confiar na conclusão do contrato e realizar despesas a partir de tal legítima expectativa (danos sofridos), conforme a regra processual do ônus da prova (art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil).

contrato e do seu inadimplemento<sup>369</sup>. A utilização da figura do interesse negativo<sup>370</sup>, para definir o que será objeto da reparação, ainda que restrita, no sistema alemão, para hipóteses de responsabilidade contratual<sup>371</sup>, não é tampouco capaz de alterar a natureza jurídica dos deveres pré-negociais no direito brasileiro, na medida em que estabelece, na esteira da responsabilidade extracontratual, a reposição do lesado ao *statu quo ante*, excluindo danos indiretos e mediatos (como se o contrato houvesse sido concluído).

Por todas essas razões, e à míngua de disposições específicas sobre responsabilidade pré-contratual, como aquelas previstas nos Códigos Civis italiano<sup>372</sup> e português<sup>373</sup>, os contatos entabulados ainda nas negociações que precedem a conclusão do contrato (que ainda não existe) devem observar os deveres derivados da boa-fé objetiva, que ultrapassam os lindes da responsabilidade contratual, bem como se submetem à cláusula geral de responsabilidade civil, na forma dos arts. 186 c/c 927, ambos do diploma civil brasileiro. Mesmo as demais distinções apresentadas entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, no tocante às suas consequências<sup>374</sup>, apontam para uma proteção jurídica

<sup>369</sup> É a lição de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. XXXVIII. p. 321-322: “Se o contrato não chegou a concluir-se, contrato não houve, nem há. Se o contrato nulamente se conclui, nenhuma eficácia se irradiou. O que há é a relação jurídica de trato, de negociação (*Verhandlungsverhältnis*). Não há pensar-se em pré-eficácia do contrato, porque o contrato ou não se concluiu, ou se concluiu e é nulo (sem razão, por exemplo, II. STOLL, *Die Haftung für das Verhalten während der Verhandlungen*, Leipziger Zeitschrift, 23, 544). Não há qualquer pré-eficácia. Aliás, seria eficácia do não-ser”.

<sup>370</sup> Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *In: Estudos e pareceres de direito privado*, cit., p. 175.

<sup>371</sup> STEINER, Renata C. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*, cit., p. 39-41.

<sup>372</sup> Art. 1.337 (Trattative e responsabilità precontrattuale), referido pelo art. 1.175 (comportamento secondo correttezza): “Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (1366, 1375, 2208)”. Tradução livre: *As partes, ao longo das tratativas e na formação do contrato, devem se comportar conforme a boa-fé (1366, 1375, 2208)*.

<sup>373</sup> Art. 227º (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 498º.”

<sup>374</sup> Outras distinções, que podem ser apontadas, entre responsabilidade extracontratual e contratual, consoante FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*, cit., p. 94-100: (i) influência da gradação da culpa: na responsabilidade extracontratual, excepcionalmente, e, ainda que a reparação seja medida pela extensão do dano, há redução do *quantum* indenizatório quando caracterizada evidente desproporção entre a grande extensão do dano e a mínima incidência de culpa (art. 944 do Código Civil); por seu turno, na responsabilidade contratual, não responde por culpa – salvo se grave – aquele que não é favorecido nos contratos benéficos (art. 392 do Código Civil); (ii) apenas a responsabilidade contratual admite a inserção de cláusulas limitativas de responsabilidade ou mesmo a cláusula de não indenizar, além da cláusula penal ou de perdas e danos (o que não se revela de maior importância na fase pré-contratual, salvo se o contrato vir a ser aperfeiçoado); (iii) na responsabilidade negocial, exceto malícia para ludibriar o outro contratante, exige a capacidade plena dos agentes, ou seu suprimento por representação ou assistência; (iv) os juros de mora, no regime contratual, correm a partir do termo ou, na sua falta, da interpelação (art. 397 do Código Civil), podendo coincidir com a citação, ao passo que, no regime extracontratual, os juros moratórios passam a incidir a partir do evento danoso (art. 398 do diploma civil e Súmula n. 54 do STJ).

adequada e proporcional da responsabilidade pré-contratual no âmbito da responsabilidade extracontratual, o que torna despicendo, em nosso sistema jurídico, a adoção de uma figura autônoma de responsabilidade pela confiança.

### **6.2.3 Da responsabilidade derivada da autonomia privada**

A partir dessas delimitações sobre os diversos âmbitos da responsabilidade civil, e de sua aplicabilidade no direito brasileiro, impõe-se, neste ponto, uma incursão sobre a responsabilidade, como fundamento e consequência da liberdade de se autodeterminar, para posterior investigação da origem do *duty to mitigate the loss*. Como vimos, além da teoria da vontade e da declaração, surgiram teorias intermediárias como a teoria da responsabilidade e a teoria da confiança<sup>375</sup> para determinar, havendo discrepância, a predominância da vontade verdadeira ou vontade declarada.

Em que pese as críticas já apontadas de JUNQUEIRA DE AZEVEDO, que concluiu que todas essas teorias pecam por não reconhecer que só a declaração é elemento do negócio jurídico (no plano da existência, portanto), sendo a análise da vontade relevante apenas para a ponderação de aspectos de validade e eficácia<sup>376</sup>, observa-se que a responsabilidade, como fundamento de validade da declaração de vontade, foi defendida por LARENZ, em obra atualizada por Wolf<sup>377</sup>. Segundo essa compreensão, o fundamento para o surgimento de um vínculo, com as consequências jurídicas daí decorrentes, assenta-se não apenas na proteção da confiança daquele que foi destinatário da declaração de vontade, mas também de uma razão para a vinculação do declarante.

Dentre os fundamentos para a capacidade de vincular da vontade declarada, destaca-se a responsabilidade do declarante pela vontade formada (*Willensbildung*), sendo consequência natural e correlata à liberdade de escolha presente na autonomia privada. Do mesmo modo, a reponsabilidade pela declaração (*Erklärung*), que forma uma unidade funcional com a vontade; neste último caso, porém, apresenta-se combinada com a proteção da confiança, a partir das expectativas legitimamente geradas no destinatário da declaração, uma vez que não há ação sem responsabilidade no espaço social<sup>378</sup>. A doutrina alemã

---

<sup>375</sup> Definindo as peculiaridades de cada uma delas, cite-se RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1. p. 184-186.

<sup>376</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico*, cit., p. 82-83.

<sup>377</sup> LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichenrechts*. [Atualizado por Manfred Wolf]. 9ª Auflage. München: C. H. Beck, 2004. p. 444-446.

<sup>378</sup> LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichenrechts*, cit., p. 444, *in verbis*: “Die Verantwortung ist insoweit die natürliche Folge und das Korrelat zur privatautonomem Entscheidungsfreiheit [...] Drückt er

acentua, assim, que a liberdade de contratar, derivada da autonomia privada, não pode ser compreendida descolada da responsabilidade correspondente. O declarante não pode valer-se de aspectos internos (vontade) como justificativa para refutar a externalidade (declaração manifestada), porque a responsabilidade é fundamento e consequência da autonomia privada.

Na mesma esteira, CANARIS acentuou que “a autodeterminação só é possível com autorresponsabilidade, assim como a verdadeira liberdade, em geral, sempre inclui laços éticos”<sup>379</sup>. Desse modo, o contratante que manifesta sua vontade, ainda que de forma defeituosa, deve responsabilizar-se pelo significado objetivo de seu ato. Assim, o jurista alemão trata a interpretação dos princípios, que subjazem ao direito privado – autodeterminação, autorresponsabilidade e proteção do tráfego e da confiança –, como de necessária complementação e delimitação entre si<sup>380</sup>. Tem-se, portanto, uma responsabilidade como contrapartida necessária do reconhecimento da autonomia privada, enquanto poder conferido ao indivíduo para criar um vínculo jurídico formado por deveres e direitos<sup>381</sup>.

Nunca se deve perder de vista, porém, que o contrato é o instrumento de alocação de riscos econômicos das operações negociais<sup>382</sup>, ainda que as relações dos agentes econômicos, desenvolvidas no âmbito do mercado, estejam fundamentalmente pautadas na confiança, que permite estabilizar certas expectativas. Com esteio na confiança, os

---

sich fehlerhaft aus, und versteht ihn der Angesprochene deshalb anders, als er gemeint hatte, so muss er die Erklärung infolge seiner Verantwortlichkeit zunächst in dem Sinne gelten lassen, in dem sie zu verstehen war. Die Verantwortlichkeit für die Erklärungsfolgen rechtfertigt sich aus der Freiheit des Handlungswillens”. Tradução livre: *Nesse sentido, a responsabilidade é a consequência natural e o correlato da liberdade de decisão da autonomia privada [...] Se ele se expressa de forma equivocada e o destinatário, por isso, o compreende de forma diferente da pretendida, então ele se deixa vincular pelo sentido inicial da declaração, no sentido em que era para ser entendida, em consequência de sua responsabilidade. A responsabilidade pelas consequências da declaração é justificada pela liberdade de vontade de agir.*

<sup>379</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*. 2ª u. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1983. p. 55. Transcreva-se, *in verbis*: “Selbstbestimmung ist nur in Selbstverantwortung möglich, so wie echte Freiheit ganz allgemein stets die ethische Bindung in sich schließt”.

<sup>380</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, cit., p. 55-56. Destaque-se: “Anders gesprochen: das Verständnis eines Prinzips ist stets zugleich das seiner Schranken”. Em tradução livre: *Em outras palavras: a compreensão de um princípio é sempre ao mesmo tempo a de seus limites.*

<sup>381</sup> Consoante lição de CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, cit., p. 412, o caráter vinculante do negócio jurídico não decorre da responsabilidade pela confiança (remete-se o leitor à nota de rodapé 331).

<sup>382</sup> Nos dizeres de ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 10-11: “Quer dizer: a operação económica, na sua materialidade, como abstracto real necessário e imprescindível daquele conceito; o contrato, como formalização jurídica daquela, isto é como conquista da ideia de que as operações económicas podem e devem ser reguladas pelo direito, e como construção da categoria científica idónea para tal fim [...]”.

contratantes firmam, deliberadamente, cláusulas nulas de desestímulo a condutas indesejáveis, porque, embora o Direito crie um padrão de orientação, é incapaz de garantir, por si só, o cumprimento do quanto estipulado, havendo a demora e os custos embutidos na aplicação da sanção, que não se coadunam com o fluxo desejável da transação econômica. Observa-se, portanto, que o Direito é subsidiário, atuando na falha do mecanismo de confiança.

Impõe-se, ainda, aprofundar a investigação acerca da autorresponsabilidade – enquanto forma de manifestação da responsabilidade derivada da autonomia privada –, compreendida em âmbito relacional, que impõe uma conduta ilibada, uma vez que todo exercício de liberdade inclui laços éticos. Ademais, deve-se perquirir em que medida a autorresponsabilidade serviria como fundamento, igualmente, do dever de contribuir para a redução dos próprios danos, sempre que o lesado se encontre na melhor posição para tanto.

#### **6.2.4 Fundamento remoto: a autorresponsabilidade**

Primeiro, cumpre destacar a dimensão ético-jurídica do Direito, que, segundo a corrente pós-positivista, permitiu uma reviravolta na principiologia jurídica a partir da filosofia da moral. No âmbito do direito anglo-saxônico, HART já salientava, na década de 1970, a transformação do Direito no sentido de restar superada a tese positivista da separação entre moral e direito, a partir das teorias da justiça de John Rawls e Robert Nozick e a teoria dos princípios de Ronald Dworkin. Essa percepção refletiu-se no direito continental, com destaque para Jürgen Habermas, que, criticando o modelo weberiano da racionalidade formal, sustentava que o princípio da positividade é indissociável do princípio da fundamentação<sup>383</sup>.

---

<sup>383</sup> Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 43-51. Acrescente-se: “Além da positividade, do legalismo e da formalidade como três características do direito moderno, aponta-lhe a generalidade ou universalidade, que envolve a necessidade de justificação nos quadros de uma moral pós-convencional, fundada em princípios universais. Ao perder os seus fundamentos sacros, o direito, por um lado, assume o papel de instrumento do poder e do mercado, mas, por outro, exige uma fundamentação em termos de uma racionalidade procedimental tanto ética quanto moral. Ao diferenciar-se da eticidade concreta do grupo e de uma moralidade conteudística, impõe-se-lhe uma justificação racional não apenas nos limites do discurso jurídico sobre a consistência, mas também a partir dos discursos ético e moral. A legitimação procedimental implica, então, a criticabilidade dos princípios jurídicos à luz de uma racionalidade discursiva abrangente, envolvendo questões jurídicas (de consistência), pragmáticas (de estabelecimento de fins e determinação dos meios adequados à alcançá-los), ético-políticas (de valores) e morais (de justiça), assim como questões concernentes ao compromisso equitativo”. Destaque-se, ainda, a lição de BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 264-266. A respeito desse movimento, após o fim do nacional-socialismo, cite-se: WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução Antônio Manuel Botelho Hespanha. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 698-699.

Do mesmo modo, floresceu a compreensão do contrato, ampliada em relação ao acordo estabelecido entre as partes, englobando deveres laterais, nem sempre funcionalizados ao adequado cumprimento dos deveres de prestar, visto que proporcionam também a proteção de outros interesses que os contratantes razoavelmente esperam ser contemplados. Nessa esteira, o princípio da autonomia privada comporta limites, derivados de sua fundamentação ético-jurídica material<sup>384</sup>. DEMOGUE, por seu turno, já reconhecia a imposição à vítima de condutas necessárias para diminuir o dano, com fundamento na utilidade social, na solidariedade e no interesse geral, ou seja, um direito solidário que impõe a necessidade de agir no interesse de todos – impedindo a continuidade de um dano<sup>385</sup>.

Relevante, no tocante ao direito positivo continental, acentuar que, de forma pioneira, foi inserido o art. 1.227<sup>386</sup> no Código Civil italiano de 1942, que pode ser considerado reconhecimento expresso do *duty to mitigate the loss* naquele ordenamento jurídico, já que, até então, o dano evitável encontrava-se compreendido na previsão genérica da irreparabilidade do dano indireto. Na construção dogmática, se, de um lado, a partir do disposto no art. 1.227, I, tem-se uma interferência do lesado na cadeia causal, concorrendo para o evento danoso, o que caracteriza o mero dano mediato e irregular, de outro, a aplicação da teoria causal ao art. 1.227, II, embora defendida por parcela abalizada da doutrina italiana,

<sup>384</sup> Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., p. 431-438.

<sup>385</sup> Cf. DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general: sources des obligations*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1924. t. IV. p. 127-129: “Lorsque la faute se produit et doit si la victime ne fait aucun acte spécial causer un dommage d’une certaine étendue, la victime est-elle en faute si elle ne prend pas d’elle-même les mesures nécessaires pour diminuer le dommage? L’affirmative ne fait pour nous aucun doute. Celui dont la maison a pris feu par la faute d’un tiers doit travailler à éteindre l’incendie. Le blessé est en faute s’il ne se soigne pas et ne se soumet pas aux opérations nécessaires, sauf si eles sont graves et hasardeuses. La victime est en faute si elle laisse inutilement les choses en l’état un temps prolongé. *L’utilité sociale crée donc un devoir d’arrêter le dommage si on le peut*. Mais la victime pourra recouvrer les dépenses de cette gestion d’affaires contre l’auteur. [...] *Ainsi à un droit rigide, se substitue un droit solidariste, obligeant la victime à travailler modérément dans l’intérêt general, c’est-à-dire pour empêcher le dommage de continuer*”. Tradução livre: *Quando o ato ilícito ocorre e deve, se a vítima não cometer nenhum ato especial, causar um dano de certa extensão, a vítima é responsabilizada se não tomar por conta própria as medidas necessárias para reduzir o dano? Não temos dúvidas na afirmativa. Aquele cuja casa tenha pegado fogo por culpa de terceiros deve trabalhar para apagar o incêndio. A culpa é do lesado se não cuidar de si mesmo e não se submeter às operações necessárias, exceto se forem graves e perigosas. A culpa é da vítima se ela deixar as coisas como estão por um longo tempo desnecessariamente. A utilidade social, portanto, cria o dever de interromper o dano, se possível. Mas a vítima poderá recuperar as despesas desta gestão de negócios contra o autor. [...] Assim, um direito rígido é substituído por um direito solidário, obrigando a vítima a trabalhar moderadamente no interesse geral, ou seja, para evitar que os danos continuem (grifos nossos).*

<sup>386</sup> “Art. 1.227 I – Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l’entità delle conseguenze che ne sono derivate. II – Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza”. Tradução livre: *Art. 1.227 I – Se o ato culposo do credor tiver contribuído para causar o dano, a indenização é reduzida em função da gravidade da culpa e da extensão das consequências que dele são derivadas. II – Não é devida indenização por danos que o credor poderia ter evitado por meio de diligência ordinária.*

parece sucumbir aos argumentos em sentido contrário, de que se deve evitar uma sobreposição ao art. 1.223 do mesmo diploma civil por uma questão sistemática, bem como, e especialmente, porque aquele dispositivo impõe não apenas uma proibição de agravamento do dano, mas uma conduta ativa do lesado e, portanto, dirigida a modificar a sequência causal, influenciando diretamente na “determinação da extensão do dano ressarcível”<sup>387</sup>.

Parte da doutrina italiana apresenta, como fundamento de tal previsão, a autorresponsabilidade, enquanto princípio de que todos devem agir com diligência para preservar os próprios interesses<sup>388</sup>. Por essa perspectiva, embora não se esteja a falar propriamente em responsabilidade decorrente da autonomia privada, mas sim pela óptica da conduta a todos exigível, de agir conforme a diligência ordinária, é possível depreender o reconhecimento de um significado jurídico semelhante em ambas as hipóteses: existem balizas à liberdade concedida ao indivíduo, enquanto contrapartida ao poder que lhe é

---

<sup>387</sup> Cf. DIAS, Daniel. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*, cit., p. 161-171, utilizando expressão cunhada por Carlo Rossello. Ao final, o autor conclui: “Essas críticas à perspectiva causal parecem refletir uma possível confusão entre causalidade propriamente dita ou material e causalidade jurídica, como critério de delimitação do dano indenizável. De todo modo, mesmo que não se incorra nessa confusão, essas críticas mostram o desconforto natural de aplicar critério ‘causal’ para justificar a irressarcibilidade de danos evitáveis, em relação aos quais o lesado permaneceu muitas vezes apenas em estado de omissão”. No mesmo sentido: LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*, cit., p. 64-66. Segundo o escólio de CUPIS, Adriano de. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. Traduzido por Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975. p. 283-284: “Por tanto, a diferencia de la hipótesis prevista por el párrafo 1º del art. 1.227 no se trata de una reducción del daño resarcible, sino más aún de la exclusión del daño resarcible, según los principios generales expuestos (núm. 31) de que los daños mediatos (indirectos) e irregulares no entran en el ámbito de la causalidad jurídica y, por tanto, están totalmente excluidos del resarcimiento. Esta interpretación del párrafo 2º del art. 1.227 sirve para diferenciar su ámbito de actuación respecto al párrafo 1º del mismo artículo. Aunque también los casos referidos en el párrafo 1º pueden presentar los extremos necesarios para sostener que, aplicando el párrafo 2º el daño se podría haber evitado por el acreedor (o si se quiere, expresado genericamente, por el perjudicado) usando una normal diligencia, ya que siempre que el hecho culposo del perjudicado concurre a la producción del daño, se puede afirmar que el comportamiento diligente del mismo perjudicado habría podido evitar el daño (con arreglo a la fórmula usada en el párrafo 2º). [...] Pero con todo, entendemos que el supuesto tipificado en el párrafo 2º del art. 1.227 debe calificarse de una forma especial por cuanto están regulados sus efectos en dicho 2º párrafo, excluyendo, y no meramente reduciendo, el resarcimiento, precisamente porque toma en consideración solamente el daño posterior imputable al perjudicado, consecuencia indirecta y anormal del hecho del sujeto responsable”.

<sup>388</sup> Nesse sentido: CATTANEO, Giovanni. Concorso di colpa del danneggiato. In: VISINTINI, Giovanna (org.). *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*. Milano: Giuffrè, 1984. p. 39-51. Sobre a autorresponsabilidade, aduz: “[...] tuttavia è anche da notare che l’autoresponsabilità del creditore, e più in generale del danneggiato, rappresenta un dato costante che si ritrova in tutti i sistemi di responsabilità civile, tanto contrattuale, quanto extracontrattuale. L’idea dell’autoresponsabilità della vittima è una di quelle idee talmente fondamentali che, a prima vista, sembra superfluo o ingenuo tentare di darle una giustificazione. Se qualcuno cagiona danno a se stesso, deve tenersi questo danno, non può pretendere di farlo sopportare da altri” (p. 39). Tradução livre: [...] no entanto, deve-se notar também que a responsabilidade própria do credor, e mais geralmente da parte lesada, representa um dado constante que é encontrado em todos os sistemas de responsabilidade civil, contratuais e extracontratuais. A ideia da responsabilidade própria da vítima é uma daquelas ideias tão fundamentais que, à primeira vista, parece superfluo ou ingênuo tentar justificá-la. Se alguém causar dano a si mesmo, ele deve suportar esse dano, ele não pode esperar que outros o sofram. Entre nós, cite-se: DIAS, Daniel. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*, cit., p. 170.

conferido, de molde a conciliar as diversas esferas de liberdade individuais. E a definição da conduta exigível, segundo a diligência ordinária – conceito a ser preenchido pelo intérprete –, dependerá do modelo cultural de atitude<sup>389</sup> da sociedade sob análise.

### 6.3 Da influência da *Common Law*

Ao se debruçar sobre a doutrina dos danos evitáveis, no Direito anglo-americano, um primeiro aspecto que merece destaque é o viés acentuadamente patrimonialista daquele sistema legal, que prioriza a reparação em pecúnia, na hipótese de inadimplemento. Não há, portanto, aquela predileção do sistema romano-germânico pela execução específica da obrigação, que mais se aproxima ao cumprimento da palavra dada<sup>390</sup>. Mesmo as perdas e danos, na *Common Law*, comportam indenizações mais amplas, derivadas dos *punitive damages*, considerados incompatíveis com a vedação do enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico brasileiro<sup>391</sup>. Ademais, a responsabilidade contratual, naquele sistema jurídico, abrange hipóteses que consideramos caso fortuito ou força maior no sistema da *Civil Law*, impondo uma aplicação rigorosa do *pacta sunt servanda*, que dá azo à responsabilidade objetiva pelo cumprimento do acordado<sup>392</sup>.

Na *Common Law*, em particular, são reconhecidas as seguintes hipóteses de limitação das perdas e danos: imprevisibilidade, incerteza e possibilidade de evitar o dano, consoante, respectivamente, os §§ 351, 352 e 350, todos do *Restatement Second of Contracts*. A doutrina norte-americana admite, desse modo, que um credor, prejudicado pelo inadimplemento, não faz jus à reparação correspondente ao dano que evitou ou que poderia ter evitado, com esforços razoáveis e apropriados às circunstâncias concretas. Não se pode

<sup>389</sup> Expressão, por nós utilizada, cunhada por JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico*, cit., p. 118-125.

<sup>390</sup> Cf. LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*, cit., p. 15-18.

<sup>391</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A incompatibilidade do caráter punitivo da indenização do dano moral com o direito positivo brasileiro (à luz do art. 5º, XXXIX, da CF/1988 e do art. 944, *caput*, do CC/2002). *Revista de Direito Privado*, v. 35, p. 77-96, jul./set. 2008. Destaque-se a defesa crescente de sua aplicação no direito brasileiro, entre outros GATTAZ, Luciana de Godoy Penteadó. *Punitive damages no direito brasileiro*. *Revista dos Tribunais*, v. 964, p. 191-214, fev. 2016; e FRANCO, Luiz Henrique Sapia. Notas sobre a responsabilidade civil na atualidade e a sua função punitiva. *Revista dos Tribunais*, v. 951, p. 105-138, jan. 2015.

<sup>392</sup> É a lição de MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte*, cit., p. 267-272. A esse propósito, cita o caso *Paradine vs. Jane*, julgado pela *Court of King's Bench*, em 1647, cuja decisão não exonerou o réu do pagamento do aluguel por terreno ocupado por estrangeiro inimigo do rei, que lhe impediu de fruir do bem. Nos últimos séculos, essa interpretação passou a ser mitigada pelo reconhecimento de uma condição implícita de que a impossibilidade de execução da prestação (em razão do desaparecimento da pessoa ou do objeto) torna inexigível a prestação, culminando com a *frustration*, que permite a extinção ou resolução do contrato, a partir de eventos supervenientes.

negar a existência de um objetivo coletivo perseguido pela norma: evita-se o desperdício de recursos econômicos em situações nas quais bastaria uma conduta razoável do prejudicado<sup>393</sup>.

No cotejo entre as hipóteses de exclusão da indenização acima apontadas e o ordenamento jurídico brasileiro, pode-se inserir a imprevisibilidade como aspecto presente no art. 403 do Código Civil, na medida em que só serão indenizados as perdas e danos considerados efeitos diretos e imediatos do inadimplemento. Enquanto o § 351 do *Restatement Second of Contracts* acentua que não são indenizáveis danos que a parte inadimplente não tinha condições de prever, no momento da conclusão, como um resultado possível de sua inexecução, a partir da análise do curso ordinário das coisas, ou mesmo diante de circunstâncias especiais, o devedor não deveria saber; no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina destaca que se está diante da teoria da causalidade direta e imediata, ou teoria da interrupção do nexos causal, que, conseqüentemente, atinge a indenização decorrente da responsabilidade contratual (valor do dano indenizável)<sup>394</sup>.

NORONHA<sup>395</sup> trata, especificamente, da classificação entre danos previsíveis e imprevisíveis no direito brasileiro, em referência ao art. 1.059, parágrafo único, do Código Civil de 1916, que continha redação semelhante àquela do direito norte-americano, segundo a qual o devedor inadimplente “só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação”. À semelhança daquele outro sistema jurídico, tal dispositivo também era interpretado conforme o padrão de diligência esperado do homem médio – em abstrato, portanto –, mas de forma restritiva, limitado aos lucros cessantes em hipótese de mora, mantendo-se, como regra geral, o dever de indenizar todos os prejuízos, previstos ou não<sup>396</sup>. Nessa esteira, ainda quando havia tal dispositivo em nosso diploma civil, correlacionava-se

<sup>393</sup> Nesse sentido, LITVINOFF, Saúl. Damages, mitigation, and good faith. *Tulane Law Review*, v. 73, n. 4, p. 1161-1196, March 1999. p. 1168.

<sup>394</sup> Nesse sentido, FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*, cit., p. 565-569. Segundo sua lição, em verdade, a teoria adotada, na prática, é a da causalidade direta e imediata, sob a vertente da necessariedade: “Nessa indefinição, e a reboque da teoria da causalidade imediata, surge a subteoria da necessariedade. Pode-se dizer que ela consiste em uma submissão do art. 403 à regra da proporcionalidade. A hermenêutica da norma passa a compreender as expressões dano direto e imediato como a relação de necessariedade entre o comportamento do agente e o dano, mesmo que esses efeitos sejam indiretos. Não obstante a ausência de proximidade, sendo o dano o efeito necessário de certa causa, haverá a reparação, até mesmo porque não haverá outra causa capaz de explicar esse dano”.

<sup>395</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 608-610.

<sup>396</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 202-209. Segundo esse jurista, a previsibilidade do dano é aspecto diverso do nexos de causalidade, previsto no dispositivo que prevê que apenas os danos diretos e imediatos são indenizáveis – na época da publicação da obra, o art. 1.060 do Código Civil de 1916. Rejeita, ademais, a interpretação de Clóvis Beviláqua de que subsistiria uma distinção entre dolo e culpa do devedor para efeito de que, no último caso, ele só responderia pelos danos previstos.

à adoção da teoria da causalidade adequada, segundo a qual a indenização depende de que o dano seja consequência normalmente previsível do fato ocorrido, excluindo-se circunstâncias extraordinárias e situações improváveis, consoante as regras da experiência comum e da técnica<sup>397</sup>.

A incerteza, por seu turno, como exigência de prova que permita reconhecer a ocorrência do dano com razoável certeza, estaria associada, no sistema jurídico brasileiro, ao ônus da prova do autor de demonstrar o fato constitutivo de seu direito, nos termos do inciso I do art. 373 do Código de Processo Civil. Embora não se fale em razoabilidade, a interpretação sistemática dos diversos dispositivos que regem a produção de provas permite concluir que o encargo de demonstrar a certeza do dano a ser indenizado não pode redundar em exigências impossíveis ou excessivamente difíceis da parte interessada.

Por fim, embora não haja previsão expressa da inevitabilidade no direito brasileiro<sup>398</sup>, importante frisar que não se encontra, no direito anglo-americano, tampouco um fundamento pacífico para sua adoção, que surgiu, pela evolução jurisprudencial, ainda no século XVII<sup>399</sup>. Destaque-se, outrossim, que, na hipótese de ato praticado antes do surgimento da obrigação de indenizar, o sistema da *Common Law* aplica, em vez do *duty to mitigate the loss*, o *contributory negligence*, que se assemelha à culpa concorrente do direito brasileiro<sup>400</sup>. Essa distinção pode explicar o porquê de alguns juristas aproximarem, ainda que no âmbito do Direito Civil brasileiro, a “evitabilidade” à quebra de nexo de causalidade<sup>401</sup> e não à redução (ou eventual exclusão) das perdas e danos.

<sup>397</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 609-610.

<sup>398</sup> Não comungamos do entendimento de que a irressarcibilidade do dano evitável é norma autônoma de imputação objetiva, enquanto efeito indireto e mediato do evento danoso, nos termos do art. 403 do Código Civil, como defendido por DIAS, Daniel. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*, cit., p. 241-244.

<sup>399</sup> É a lição de LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*, cit., p. 20-22. Cite-se, a propósito: “Segundo Farnsworth, a limitação da evitabilidade, mesmo em seu aspecto negativo, teve origem ainda no final do século XVII em um estranho caso inglês conhecido como *Vertue v. Bird* julgado em 1677. O requerente tinha sido contratado para transportar mercadorias para Ipswich e deixá-las no lugar a ser indicado pelo requerido. Ao chegar ao destino, entretanto, este demorou mais de seis horas para proceder a tal indicação, fazendo com que os cavalos do requerente ficassem muito tempo expostos ao sol e ao cansaço, morrendo em seguida. O Tribunal, entretanto, negou o direito à indenização pela perda dos animais, afirmando que foi insensatez do requerente deixá-los esperando, uma vez que poderia ter retirado deles a carroça ou deixado as mercadorias em qualquer lugar de Ipswich”.

<sup>400</sup> Cf. FRANCO, Luiz Henrique Sapia. *Dever do credor de mitigar as perdas*. Belo Horizonte: D’Plácido, [s. d.], p. 98. O jurista destaca três usos do *mitigation of damages* residuais e, portanto, diversos da doutrina dos danos evitáveis: (i) indenização por danos decorrentes de ofensa à honra, normalmente praticados por meios de comunicação, mitigada pela constatação da boa-fé do ofensor, má-reputação já ostentada pelo ofendido, publicação de retratação; (ii) quando as partes são credoras e devedoras reciprocamente; (iii) dever de mitigar as perdas da parte que descumpriu a obrigação em casos de inadimplemento contratual em virtude de força maior.

<sup>401</sup> Aspecto que será aprofundado no Capítulo 7, sobre o fundamento próximo do dever de mitigar danos no direito brasileiro.

Outro aspecto que deve ser ressaltado é o papel, gradualmente mais relevante, do interesse do credor, que não se verificava no Direito Romano ou na mentalidade jurídica primitiva. A variação de valor do ressarcimento passa a observar aspectos do caso concreto, por decorrência direta e imediata da conduta danosa, e não mais do dano objetivamente encarado. Desse modo, se o prejuízo sofrido for inferior ao dano considerado de forma objetiva, o ressarcimento àquele ficará limitado, sob pena de enriquecimento sem causa do credor<sup>402</sup>. Observa-se, também aqui, um descolamento do elemento nexos de causalidade para uma análise mais apurada do prejuízo efetivamente sofrido, que, em última análise, leva à recomposição ao *statu quo ante*.

A crítica ao fundamento causal da irressarcibilidade do dano evitável encontrou guarida, igualmente, na doutrina italiana, sob o argumento de que não é determinante a implicação causal da conduta do lesado, mas seu comportamento negligente, que poderia ter reduzido ou extirpado o dano<sup>403</sup>. Impõe-se diferenciar a causalidade, enquanto desencadear de determinados eventos, imputável à conduta do agente lesante (devedor), do fundamento jurídico para a mitigação de danos – associado à exigibilidade (consciência e razoabilidade) de o credor interromper o nexos de causalidade por sua conduta<sup>404</sup>. De qualquer modo, não se vislumbra controvérsia sobre a ausência de relevância da causalidade na hipótese de conduta autônoma do lesado – ativa, portanto, como aquela prevista no art. 1.227, II, do *Codice Civile* italiano, a caracterizar dever do credor de evitar (o agravamento de) danos.

#### **6.4 Direito alemão: previsão específica no tratamento da culpa concorrente – o § 254 do BGB**

Com o escopo de uma análise científica da existência e fundamento do dever de mitigar danos, no ordenamento jurídico brasileiro, atente-se para o Código Civil alemão,

---

<sup>402</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 216.

<sup>403</sup> Cf. CATTANEO, Giovanni. Concorso di colpa del danneggiato, cit., p. 47: “Dunque, quello che è determinante, non è la funzione causale della condotta della danneggiata, ma è il fatto che essa abbia agito negligenemente; è questo elemento psicologico: è stata negligente perché sapeva che la macchina non funzionava e quindi si è esposta al rischio consapevolmente; se si fosse esposta al rischio senza saperlo, probabilmente il danno le sarebbe stato risarcito”. Tradução livre: *Portanto, o que é decisivo não é a função causal da conduta da vítima, mas o fato de ela ter agido com negligência; é esse elemento psicológico: ela foi negligente porque sabia que a máquina não estava funcionando e, portanto, conscientemente se expôs ao risco; se ela tivesse se exposto ao risco sem saber, provavelmente teria sido compensada pelo dano.*

<sup>404</sup> A esse respeito, LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*, cit., p. 177: “O nexos causal poderia servir de fundamento para casos em que o credor tenha voluntariamente contribuído para aumentar os danos, mas não serve para outra gama de casos em que o credor não tenha agido para reduzir os prejuízos”.

que, embora contenha uma cláusula geral de boa-fé objetiva (§ 242), dispõe, de forma específica, em seu § 254, sobre a relevância de o credor evitar ou mitigar o dano, ao tratar da culpa concorrente. O que se observa, contudo, não é a negação quanto à origem de tal dever na boa-fé objetiva, mas sim que o princípio pelo qual se deve manter um padrão comportamental leal e probó infiltra-se por todo o sistema jurídico, impedindo que haja uma pretensão à totalidade da indenização. Trata-se da possibilidade de opor uma objeção, cujo ônus da prova é do devedor<sup>405</sup>.

Destaque-se que a culpa concorrente só adquire relevância jurídica quando a responsabilidade de evitar o dano é da parte lesada, nas hipóteses em que lhe incumbem as precauções necessárias para proteger seus bens e interesses jurídicos, inclusive em casos em que não configurada culpa (*Gefährdungshaftung*)<sup>406</sup>, sob pena de arcar com a perda ou redução da indenização que lhe era originalmente devida. No esforço de determinar a medida da recomposição da esfera jurídica do lesado, impõe-se uma ponderação entre seu interesse – de não ter sua autonomia privada demasiado limitada pela fixação de *Obliegenheiten* – e aquele do agente causador do dano – de ter uma limitação apropriada de sua responsabilidade (e, portanto, de seus riscos)<sup>407</sup>.

<sup>405</sup> Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 362-363: “Hat der Geschädigte selbst bei Eintritt oder Vergrößerung des Schadens in zurechenbarer Weise mitgewirkt (Fall e), würde es dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen, wenn er von Schädiger Ersatz des ganzen Schadens verlangen könnte”. Tradução livre: *Se a própria parte lesada contribuiu de forma imputável para a ocorrência ou aumento do dano (caso e), seria contrário ao princípio da boa-fé objetiva, se ela pudesse exigir do lesante uma indenização por todo o dano.* Também PALANDT, Otto (Bearbeiter). *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 333. Por seu turno, LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 406, embora aponte essa compreensão, é-lhe crítico, na medida em que pode se cingir a meras considerações de equidade.

<sup>406</sup> Pontuando, outrossim, a desnecessidade de uma ação deliberada, o que compreenderia a conduta culposa, também BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 362 e 364-365, e acentua o poder conferido ao juízo, pelo § 254 do BGB, de avaliar livremente as circunstâncias específicas do caso concreto. Ressalta, ainda, o entendimento de que *o dano seja suportado por todas as partes envolvidas, a quem as causas do dano podem ser atribuídas por qualquer motivo legal* (em tradução livre) (p. 365). No original: “dass der Schaden von allen Beteiligten zu tragen ist, denen die den Schaden bedingenden Ursachen aus irgendeinem Rechtsgrund zuzurechnen sind”.

<sup>407</sup> Igualmente LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 407-410, que acentua a natureza de *Obliegenheit* de tais precauções do credor. Transcreva-se o referido § 254 do BGB: “(1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. (2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung”. Tradução livre: *(1) Se o dano foi causado por culpa da parte lesada, a obrigação de recompor, bem como o escopo da indenização a ser paga, dependem das circunstâncias, em particular da extensão em que o dano foi causado principalmente por uma ou outra parte. (2) Isso também vale, se a culpa da parte lesada for limitada ao fato de que ela não conseguiu chamar a atenção do devedor para o risco de danos especialmente elevados que o devedor*

Subjaz a compreensão de que, por questões de justiça, o prejudicado não deve ser tratado de modo diverso daquele que desencadeou o dano. A aplicação concreta de tal concepção não se revela, contudo, incontroversa: observe-se, por exemplo, no caso de um ciclista, em um acidente de trânsito, que sofreu ferimentos na cabeça, que poderiam ser minimizados com o uso de capacete, o *Bundesgerichtshof* – BGH (Tribunal responsável pela uniformização da interpretação das leis) – decidiu que essa conduta imputável ao lesado não tem o condão de reduzir a indenização que lhe é devida, fixando, ademais, que a redução prevista no § 254, I, do BGB não está relacionada à violação de um dever jurídico<sup>408</sup>.

Observe-se que o § 254, II, 1, do BGB prevê a responsabilidade do lesado – credor – na obrigação de reparar, por informar sobre um perigo de dano excepcionalmente alto o agente causador do dano<sup>409</sup>, que disso não tinha conhecimento ou não deveria saber. Essa advertência, muitas vezes relacionada ao motivo do negócio jurídico, deve apontar concretamente o risco aumentado da parte que pode vir a ser lesada. Por outro lado, o critério para estabelecer a obrigação da parte lesada de reduzir ou estancar os prejuízos é o que é razoável lhe exigir, devendo esse aspecto ser provado por aquele a quem aproveita. As despesas que decorrem desse esforço para mitigar os danos integram a indenização que o agente causador deve pagar ao lesado<sup>410</sup>.

---

*não sabia nem precisava saber, ou que ela não conseguiu evitar ou mitigar o dano. A disposição do § 278 encontra aplicação correspondente.*

<sup>408</sup> LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 408-409. Essa figura própria do direito alemão – *Obliegenheit* – pode ser assim definida: “[...] haben Obliegenheiten die gleiche Struktur wie Pflichten, nur dass die Rechtsordnung dem Adressaten frei stellt, ob er die Verhaltensanforderung beachtet oder nicht” (p. 407). Tradução livre: [...] as *Obliegenheiten* têm a mesma estrutura dos deveres, apenas o sistema jurídico deixa seu destinatário livre para decidir se deve ou não observar a exigência comportamental. Em nosso sistema jurídico, ausente a figura da *Obliegenheit*, podemos classificar o *duty to mitigate the loss* como dever jurídico, a partir de uma compreensão *lato sensu* do instituto, conforme VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 13. reimpr. Coimbra: Almedina, 2016. v. I. p. 52-53: “A necessidade imposta pelo direito (objetivo) a uma pessoa de observar determinado comportamento. É uma ordem, um comando, uma injunção dirigida à inteligência e à vontade dos indivíduos, que só no domínio dos factos podem cumprir ou deixar de o fazer. Não é simples conselho, mera advertência ou pura exortação; a exigência da conduta (imposta) é normalmente acompanhada da cominação de algum ou alguns dos meios coercitivos (sanções) próprios da disciplina jurídica, mais ou menos fortes consoante o grau de exigibilidade social da conduta prescrita. O dever tutelado pela sanção pode ser ditado no interesse da colectividade ou do Estado, de uma generalidade de pessoas, ou de pessoas determinadas. Quando a ordem jurídica confere às pessoas em cujo interesse o dever é instituído o poder de disporem dos meios coercitivos que o protegem – quando, por outros termos, o funcionamento da tutela do interesse depende da vontade do titular deste – diz-se que ao dever corresponde um direito subjectivo. O *direito subjectivo* é o poder conferido pela ordem jurídica a certa pessoa de exigir determinado comportamento de outrem, como meio de satisfação de um interesse próprio ou alheio”.

<sup>409</sup> Esse dever de advertência (*Warnpflicht*), contudo, não representa que a previsibilidade do dano seja um requisito para a indenização, mas é um aspecto relevante para determinar a culpa concorrente, consoante LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 412.

<sup>410</sup> Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 363-364.

Destaque-se, contudo, que, ao se valer de outro conceito indeterminado – razoabilidade –, para definir o preenchimento da cláusula geral da boa-fé objetiva, em hipóteses de *duty to mitigate the loss*, poder-se-ia chegar a um raciocínio circular e, a depender do operador do Direito, arbitrário. Por vezes há um conflito de interesses que envolve direitos fundamentais, como aquele à disposição do próprio corpo, em situações em que cabe uma intervenção médica mais incisiva, como uma operação, o que exige critérios ainda mais rigorosos de razoabilidade, levando-se em conta as circunstâncias individuais da parte lesada<sup>411</sup>. Tendo em vista tais dificuldades de aplicação do dispositivo, promovendo a segurança jurídica, observa-se a adoção da técnica de grupo de casos pela jurisprudência alemã<sup>412</sup>, o que se recomenda seja a ferramenta utilizada também no contexto brasileiro.

Por fim, quanto às consequências jurídicas de redução (ou mesmo exclusão) do valor da indenização, importante distribuir a responsabilidade entre o agente causador do dano e o lesado, de forma proporcional, a partir de uma análise objetiva de cada uma das contribuições causais e do grau de culpa. No caso de responsabilidade objetiva, que independe de culpa, na definição da recomposição devida, prevalece o grau de perigo que se concretizou no evento danoso<sup>413</sup>.

Estabelecidas tais premissas, extraídas inclusive do Direito estrangeiro, cumpre avaliar se o dever de mitigar danos pode ser reconhecido à luz do ordenamento jurídico brasileiro e quais seriam as consequências daí decorrentes.

---

<sup>411</sup> Cf. LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*. cit., p. 411-412. No tocante à operação, específica: “Der Geschädigte muss sich deshalb nur dann einer *Operation* unterziehen, wenn der Eingriff nach dem Stand der Wissenschaft einfach, gefahrlos und schmerzlos durchgeführt werden kann und *sichere Aussicht* auf Heilung oder wesentliche Besserung bietet. Selbst wenn diese objektiven Voraussetzungen vorliegen, kann er sich darauf berufen, dass ihm die Operation aufgrund seiner individuellen Verhältnisse nicht zumutbar ist”. Tradução livre: *O lesado, portanto, só precisa ser operado se, de acordo com o estado da técnica, a operação puder ser realizada com facilidade, segurança e sem dor e oferecer uma perspectiva segura de cura ou melhora significativa. Mesmo que esses pré-requisitos objetivos estejam presentes, ele pode alegar que a operação não é razoável devido às suas circunstâncias individuais.*

<sup>412</sup> A esse respeito, cite-se MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 170-171. Também MORSELLLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte*, cit., p. 332.

<sup>413</sup> É a lição de LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht. Allgemeiner*, cit., p. 414. Curiosamente, no caso de aumento patrimonial, a renda deve ser creditada à parte lesada, sem interferir no valor da indenização, segundo o BGH.

## CAPÍTULO 7 – Do dever de se informar no sistema jurídico brasileiro

### 7.1 Fundamento próximo: derivado da boa-fé objetiva

Uma análise científica sobre a existência de um *duty to mitigate the loss*, no Direito Civil brasileiro, ainda que de forma implícita, requer que se testem as possibilidades propostas e já defendidas, inclusive em outros sistemas jurídicos, sempre em atenção às peculiaridades de nosso ordenamento jurídico. Ao final de tal estudo, em que sobressai o método indutivo, é possível, igualmente, avaliar a pertinência e a utilidade da inserção de um dispositivo expresso a respeito da mitigação de danos. Ademais, essa compreensão é imprescindível para que se possa aplicá-lo concretamente, em relações jurídicas específicas, como aquelas que impõem o dever de se informar.

#### ***7.1.1 Rejeição de outros fundamentos: causalidade direta e imediata e experiência francesa***

Ausente norma expressa sobre a mitigação de danos<sup>414</sup> no ordenamento jurídico brasileiro, poder-se-ia pretender fundamentar a existência do *duty to mitigate the loss* na causalidade do evento danoso. Essa solução, fundamentada no art. 403 do diploma civil, que estabelece a indenizabilidade apenas dos danos por efeito direto e imediato, seria semelhante àquela outrora adotada pela doutrina e jurisprudência francesas, cujo sistema jurídico muito coincide com o brasileiro. Contudo, observa-se que a mitigação de danos não deslanchou na França, tendo a Corte de Cassação Francesa assentado, ainda em 2003, de forma estreme de dúvida, sua inaplicabilidade no âmbito da responsabilidade extracontratual<sup>415</sup>.

POTHIER, ao tratar da causalidade para fixar os danos indenizáveis, já defendia a regra de que “que não se deve incluir nas perdas e danos pelos quais um devedor é obrigado em razão de seu dolo, aqueles que não são apenas uma consequência distante, mas que não

---

<sup>414</sup> Destaque-se, porém, norma específica para os contratos de seguro – art. 771 do Código Civil, *in verbis*: “Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências. Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento consequente ao sinistro”.

<sup>415</sup> Sobre as mudanças de base do tratamento do dano evitável, no direito francês, cite-se DIAS, Daniel. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 137-160. Consigne-se, contudo, que a tese de Lapoyade-Deschamps, doutrina por ele citada, não encontrou repercussão significativa, o que, por si só, revela ser inapropriado afirmar que a irressarcibilidade do dano evitável atingiu caráter autônomo em relação ao dano indireto no modelo francês.

são uma decorrência necessária, e que podem ter outras causas”<sup>416</sup>. Essa análise, feita a partir do famoso caso da vaca pestilenta, que pode desde contaminar todo o rebanho até impedir de cultivar as terras (para o que os animais eram necessários), ou mesmo levar o lesado à falência, embora trate de uma questão tipicamente de causalidade, revela a importância de distinguir a esfera de ação do agente causador do dano daquela do lesado, a fim de fixar responsabilidades. Assim, distante do ato doloso do vendedor, a falência do comprador não comporá a indenização a ser paga, ao passo que os lucros cessantes pelo não cultivo da terra deverão ser reduzidos, por não serem uma consequência necessária do dano causado pela entrega da vaca pestilenta, uma vez que seria possível comprar ou alugar outros animais<sup>417</sup>.

DEMOGUE, por seu turno, ressalta quão difícil é determinar onde terminam as decorrências diretas da inexecução, não tendo POTHIER fornecido nenhuma indicação precisa. Assim, a noção de dano direto é “mais uma questão de bom senso do que de ciência”<sup>418</sup>. Ao buscar definir um critério para a fixação da indenização, a partir da compreensão do art. 1151 do *Code Napoléon*, e da causalidade, defende a diferenciação entre o inadimplemento combinado com outros fatos relacionados com o primeiro dano e outros danos sequenciais a partir daquele primeiro combinado com outros fatos. Em outras palavras, o dano indireto exige uma nova causa, que pode ser um caso fortuito ou um fato do credor, não atrelado de forma necessária à inexecução da obrigação<sup>419</sup>.

Ao apontar que seu entendimento não encontrava ressonância com aquele esposado pela Corte de Cassação, o que se nota é que os aplicadores do Direito já eram ali refratários da tese de mitigação de danos. O ônus da prova de que se trata de um dano direto, que o jurista francês impõe ao credor, não parece coincidir integralmente com a solução atual de que lhe basta demonstrar o inadimplemento<sup>420</sup>.

<sup>416</sup> BUGNET, M. *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle*. 3. ed. Paris: Marchal et Billard, 1890. t. 2. p. 81: “qu’on ne doit pas comprendre dans les dommages et intérêts dont un débiteur est tenu pour raison de son dol, ceux qui non-seulement n’en sont qu’une suite éloignée, mais qui n’en sont pas une suite nécessaire, et qui peuvent avoir d’autres causes”.

<sup>417</sup> Nesse sentido, BUGNET, M. *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelles*, cit., p. 81.

<sup>418</sup> DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general: effets des obligations*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1931. t. VI. p. 306, *in verbis*: “La notion de dommage direct est, dit avec raison Giorgi, question de bon sens plutôt que de science”.

<sup>419</sup> DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general: effets des obligations*, cit., t. VI, p. 306. Trata-se de julgamento ocorrido em 18 de outubro de 1926, D. 1927-I.101, no qual o jurista francês destaca: “Une faute étant commise, les suites dues à l’intervention d’événements ultérieurs demeureraient en dehors de l’indemnisation. Inversement le concours de circonstances antérieures ou concomitantes à la faute n’empêcherait pas de lui rattacher les conséquences qui en résulteraient”. Tradução livre: *Tendo sido cometido um ato ilícito, as consequências decorrentes da intervenção de eventos subsequentes ficariam fora da compensação. Inversamente, a combinação de circunstâncias anteriores ou concomitantes ao ilícito não impediriam que as consequências que dele resultariam lhe fossem atribuídas*.

<sup>420</sup> DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general: effets des obligations*, cit., t. VI, p. 305-307.

A doutrina francesa atual, por sua vez, apresenta, de um lado, o fato do credor, como hipótese de exclusão da responsabilidade contratual, coincidindo com o que no Brasil se denomina culpa da vítima, inserindo, de outro, entre as categorias de danos reparáveis, aqueles previsíveis, salvo os casos de dolo e culpa grave. PORCHY-SIMON destaca que, para a exoneração completa do agente causador do dano, o fato do credor deve apresentar as características da força maior, sendo cabível a exoneração parcial conforme o grau de culpa do agente causador do dano e o lesado, consoante ponderação do juiz<sup>421</sup>.

Não prevalece o reconhecimento de um dever de mitigar os danos<sup>422</sup>, mesmo diante de norma expressa segundo a qual apenas são indenizáveis os danos diretos e imediatos – antigo art. 1151 e atual 1231-4 do Código Civil francês<sup>423</sup>, como se extrai de inúmeros julgamentos proferidos pela Corte de Cassação<sup>424</sup>. A reforçar a inexistência da mitigação de

<sup>421</sup> PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Les obligations*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2019. p. 316-317.

<sup>422</sup> Embora LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 69-76, esforça-se para apontar casos de mitigação de danos, no direito francês, reconhece, ao menos no âmbito extracontratual, que a Corte de Cassação posiciona-se contrariamente, pelo menos desde 2003. E conclui: “Portanto, embora existam alguns mecanismos no direito francês que podem, em alguns casos, levar a resultados semelhantes à aplicação da norma de mitigação consagrada em outros países, há outras situações em que a indenização será concedida integralmente na França, quando seria limitada pela inevitabilidade em outras jurisdições”, mas ressalva: “embora não exista norma de mitigação, os danos que tenham sido voluntária e efetivamente evitados ou reduzidos não serão indenizados, pois se evita o excesso de compensação. O credor tem direito à reparação dos prejuízos, mas nada mais que isso (*tout le préjudice mais rien que le préjudice*)”. Ao contrário, DIAS, Daniel. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*, cit., p. 75-94, defende a aceitação da mitigação de danos no ordenamento jurídico francês, a partir da compreensão de que deriva da regra que é indenizável apenas o dano direto e imediato (art. 1151 do *Code Napoléon*, e art. 1231-4, após a *Ordonnance* n. 2016-131). Para tanto, refere que a origem do primeiro dispositivo remonta às lições de POTHIER, para quem o dano deveria ser consequência necessária da *faute*, o que excluiria aqueles que o lesado poderia ter evitado. Ademais, anota o papel da culpa do credor como elemento central da exclusão da responsabilidade do devedor, o que inicialmente não foi compreendido. Nesse ponto, destacamos que uma das dificuldades de compreendermos o modelo francês reside no caráter plurissignificativo de *faute*, a indicar tanto culpa quanto ato ilícito, além, é claro, do preenchimento do conceito aberto – consequência necessária.

<sup>423</sup> Article 1151, redação de 1804: “Dans le cas même où l’inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l’égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé que ce qui est une suite immédiate et directe de l’inexécution de la convention”. Tradução livre: *Mesmo no caso de o descumprimento do contrato resultar de dolo do devedor, as perdas e danos devem incluir, no que diz respeito ao prejuízo sofrido pelo credor e ao ganho de que foi privado, aquela que é uma consequência imediata e direta da inexecução do acordo*. Article 1231-4, conforme *Ordonnance* n. 2016-131, de 10.02.2016: “Dans le cas même où l’inexécution du contrat résulte d’une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l’inexécution”. Tradução livre: *Mesmo no caso de o descumprimento do contrato resultar de culpa grave ou dolo, as perdas e danos incluem apenas o que é um resultado imediato e direto do descumprimento*.

<sup>424</sup> Na seara contratual, destaque-se Cass. 3ª civ., 10.07.2013, n. 12-13851, hipótese em que reconheceu violação ao art. 1147 do *Code Napoleon*, não tendo o juízo *a quo* observado o princípio da reparação integral do dano. No âmbito extracontratual, cite-se Cass. 2ª civ., 26.03.2015, n. 14-16011, e Cass. crim., 27.09.2016, n. 15-83309, nos quais o fundamento para a não mitigação de danos pela vítima, igualmente, assenta-se no princípio da reparação integral do dano.

danos, há um projeto<sup>425</sup> de reforma da responsabilidade civil (*projet de réforme de la responsabilité civile de la Chancellerie*), de março de 2017, que pretende inseri-la no art. 1263<sup>426</sup>.

Do mesmo modo, a transposição do *duty to mitigate the loss*, a partir do nexo de causalidade previsto no art. 403 do Código Civil brasileiro, não se revela adequada, na medida em que, mais do que buscar a conduta esperada do lesado, inclusive sob o ponto de vista socialmente desejável<sup>427</sup>, definindo sua repercussão no valor que lhe é devido a título de indenização, acaba por valer-se de uma série de hipóteses de quebra de causalidade para explicar o fenômeno, em um processo indutivo que aproxima a figura, por consequência lógica, do dano indireto. O reconhecimento de um dever de mitigar os danos, como instituto autônomo no direito brasileiro apenas é útil e pertinente caso as figuras e ferramentas já existentes não expliquem o fenômeno à suficiência. A análise sob a ótica da teoria da causalidade, atenta às questões fáticas que norteiam o ilícito, não se confunde com a evitabilidade, que apresenta seus próprios parâmetros.

Por fim, destaque-se que nem sequer a culpa exclusiva da vítima ou a concorrente são capazes de solucionar o problema da mitigação de danos, uma vez que o *duty to mitigate the loss*, como já referido, deve ser definido em momento anterior à análise sobre a culpa do credor. Nessa perspectiva, LOPES<sup>428</sup> acentua que, na culpa concorrente, a ação da vítima é anterior ou concomitante à ação do devedor, ao passo que, na hipótese de mitigação de danos, essa ação culposa provocaria, por si só, o dano, segundo a cadeia normal de causalidade, contudo o credor intervém posteriormente, não evitando certos prejuízos.

<sup>425</sup> Atualmente em discussão no Senado, *Texte* n. 678 (2019-2020), depositado em 29.07.2020. FRANCE. Sénat. *Réforme de la Responsabilité Civile*. 8 set. 2021. Disponível em: <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pp119-678.html>. Acesso em: 6 nov. 2021.

<sup>426</sup> Cf. PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Les obligations*, cit., p. 490. Redação prevista: “Sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n’a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l’aggravation de son préjudice”. Tradução livre: *Salvo em caso de lesão corporal, os danos são reduzidos quando a vítima não tenha tomado medidas seguras e razoáveis, nomeadamente no que diz respeito às suas capacidades financeiras, adequadas para evitar o agravamento do seu dano.*

<sup>427</sup> A esse respeito, reportamo-nos à regra *Malittis non est indulgendum* (tradução livre: Malícia não deve ser tolerada), que, embora utilizada em outro contexto por DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general: effets des obligations*, cit., t. VI, p. 307, é aplicável também ao credor que não aja com a diligência esperada do homem médio, porquanto, ainda que ausente o dolo, restaria caracterizada a culpa grave para determinar seu dever de mitigar danos. No mesmo sentido: LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*, cit., p. 178.

<sup>428</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*, cit., p. 176-180.

### 7.1.2 Dever de mitigar danos decorrente da boa-fé objetiva

Não se deve confundir a boa-fé objetiva com o *venire contra factum proprium*, considerado, na lição de WIEACKER, desenvolvimento jurisprudencial *praeter legem* do § 242 do BGB. Por essa função da boa-fé objetiva, desenvolve-se um rol de comportamentos inadmissíveis por afrontá-la, entre os quais também se incluem: *dolo agit qui petit quod statim redditurus est, tu quoque e inciviliter agere*<sup>429</sup>. O jurista alemão reconhece que há uma relação próxima entre a proibição do comportamento contraditório e o dever de comportar-se segundo os ditames da boa-fé objetiva, possivelmente em razão de ambos terem origem na *fides* romana – que também fundamenta o *pacta sunt servanda*<sup>430</sup>. Acentua-se um aspecto ético-jurídico que privilegia a confiabilidade, de maneira que o comportamento contraditório – sempre associado a uma conduta anterior – refoge à responsabilidade pessoal e à justiça – que, por seu turno, contém o elemento da veracidade. Porém, o *venire contra factum proprium* não se confunde com a proibição de conduta dolosa ou maliciosa, sendo, na verdade, uma aplicação da máxima de “confiança no tráfego jurídico”<sup>431</sup>.

<sup>429</sup> WIEACKER, Franz. *Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1956. p. 26-27. Nessa obra precursora de uma nova sistematização da boa-fé objetiva no direito alemão, o jurista apresenta uma classificação, seguindo a jurisprudência até então reiterada, conforme a função conferida ao § 242 do BGB. Destaque-se: “In Ausfüllung der geschriebenen Rechtsordnung wird nämlich der Richter tätig, wo er den vorgegebenen und durchgeplanten Entwurf einer gesetzlichen Regelung kraft seines officium iudicis nur konkretisiert (unten 1). Mit größerer Freiheit, praeter legem, wird er tätig, wenn er an die Parteien die Anforderung stellt, sich bei der Geltendmachung oder Abwehr von Rechten gerecht und rechtsgenössisch zu verhalten; es ist das Feld, das dogmengeschichtlich durch den Begriff der exceptio doli, unter Einschluß des dolus generalis sive praesens belegt ist (unten 2). Contra legem endlich entwickelt sich die Anwendung des § 242 in den Durchbrüchen der Rechtsprechung zu neuem Richterrecht, die sowohl über die Verwirklichung eines gesetzgeberischen Entwurfs hinausgehen wie über die Wahrung von Recht und Gerechtigkeit im Parteiverhalten (unten 3)”. Tradução livre: *O juiz é ativo no preenchimento do ordenamento jurídico escrito, no qual apenas concretiza, em virtude do seu officium iudicis, a concepção projetada e prevista de uma norma legal (abaixo 1). Ele age com maior liberdade, praeter legem, quando exige que as partes se comportem de maneira justa e conforme a ordem jurídica na validação ou defesa de direitos; é o campo que, na história do dogma, é ocupado pelo conceito de exceptio doli, incluindo o dolus generalis sive praesens (abaixo 2). Contra legem, por fim, a aplicação do § 242 desenvolve-se nos avanços da jurisprudência sobre o novo Direito judicial, que vão desde a participação em uma concepção legislativa até a proteção do Direito e da justiça no comportamento das partes (abaixo 3). A respeito desse “novo Direito judicial”, remeta-se ao item 4.2.1, nota de rodapé 215, que trata de *richterliche Rechtsetzung*.*

<sup>430</sup> WIEACKER, Franz. *Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, cit., p. 27-28. Segundo o jurista alemão, a aparente contradição irreconciliável entre a exigência de cumprir o acordado (*pacta sunt servanda*) e a limitação que recai sobre os deveres de prestação de nortear-se pela boa-fé objetiva pode ser equacionada a partir da percepção de que “no lugar da letra deve-se partir do espírito da obrigação”.

<sup>431</sup> WIEACKER, Franz. *Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, cit., p. 28. Neste ponto, remetemos à advertência de RÜTHERS, Bernd; FISCHER, Christian; BIRK, Axel. *Rechtstheorie*. 9. Auflage. München: Beck, 2016. p. 349-363, sobre o uso de conceitos abertos e indeterminados como instrumento de sustentação jurídica do nacional-socialismo na Alemanha de Hitler, já referida no item 4.2.1, *supra*, nota de rodapé 218.

Do mesmo modo, em que pese ser possível vislumbrar uma contradição em pleitear indenização por prejuízos que poderiam ser evitados caso o requerente adotasse conduta ativa para mitigar os danos, presente, portanto, o caráter da evitabilidade, não resta caracterizado um dos requisitos do *venire contra factum proprium*, que é a adesão do confiante, no caso o devedor, ao comportamento do credor, havendo um investimento de confiança<sup>432</sup>. Neste passo, sobressai que a proteção da confiança, em grande medida corolário da proibição do comportamento contraditório, não representa uma limitação desmedida à liberdade, especialmente negocial, visto que remanesce a possibilidade de tomada de decisão para a mudança de rumo nas atividades em geral, e nas comerciais, de caráter relacional, em especial. O que o ordenamento jurídico visa proteger é a expectativa gerada na outra parte<sup>433</sup>.

Além disso, o argumento determinante da jurisprudência francesa de que não cabe reduzir a indenização diante da omissão da vítima em mitigar os danos, tendo em vista a regra da reparação integral, não pode ser transposto para a realidade brasileira, pelo menos desde que o Código Civil de 2002 estabeleceu a exceção do parágrafo único do art. 944, em casos de desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, inexistente no diploma civil da França. Disso decorre que nosso ordenamento jurídico permite mitigar a regra geral (e inabalável), que vigia no Código Civil de 1916, de que a reparação se mede pela extensão do dano<sup>434</sup>. Cumpre verificar se, ausente imposição em sentido contrário, é possível

---

<sup>432</sup> A respeito, cite-se LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*, cit., p. 181-182. Com efeito, o *venire contra factum proprium* pressupõe dois comportamentos sucessivos. Embora, por si sós, ambos sejam considerados lícitos, o segundo representa uma atitude contraditória em relação ao primeiro. Sobre os requisitos para a configuração do *venire contra factum proprium*, valendo-se das lições de CANARIS, em obra aqui já referida, cite-se MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*. 4. reimpr. Coimbra: Almedina, 2011. p. 757-770.

<sup>433</sup> A esse propósito é a lição de CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2015. p. 345-361. Ao tratar dos pressupostos para a autonomia da figura da responsabilidade pela confiança, aduz: “Em qualquer caso, esse critério é inconciliável com baixarem-se as exigências da confiança para o plano de uma simples ausência de desconfiança, pois então pode dizer-se que não se ultrapassa o nível de uma condição geral e indiferenciada da acção humana, insusceptível de servir de recorte para uma situação específica de responsabilidade e, com isso, de fundar uma especial responsabilidade”.

<sup>434</sup> Conforme já era defendido, como solução *de lege ferenda*, por RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4. p. 149. As lições de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3. ed. 2. reimpr. São Paulo: RT, 1984. t. XXVI: Direito das obrigações: consequências do inadimplemento. Exceções de contrato não adimplido, ou adimplido insatisfatoriamente, e de insegurança. Enriquecimento injustificado. Estipulação a favor de terceiro. Eficácia protectiva de terceiro. Mudanças de circunstâncias. Compromisso. p. 43, revelam, por seu turno, a extensão da regra de reparação integral do dano: “O que há de indenizar é todo o dano. Por ‘todo o dano’ se hão de entender o dano em si e as repercussões do dano na esfera jurídica do ofendido; portanto, tudo que o ofendido sofreu pelo fato que o sistema jurídico liga ao ofensor. Não se distinguem, na determinação do dano, graus de culpa, nem qualidade de causas que concorreram”.

reconhecer o *duty to mitigate the loss*, a partir de normas, como o princípio da boa-fé objetiva, que não correspondem a uma disposição expressa a respeito.

Neste ponto, observa-se que um dever de colaborar, que recai sobre ambas as partes contratuais, decorrente da boa-fé objetiva, deve ser ponderado, aplicando-se o método da concordância prática, com outro princípio do Direito Privado, o da reparação integral do dano. Trata-se de uma compreensão unitária do ordenamento jurídico, de modo que a norma aplicável ao caso concreto não é extraída apenas de regras de conduta, ainda que se afigurem, em uma leitura inicial, suficientes para a solução *in concreto*, mas também de princípios, seja de Direito Privado, seja aqueles contidos na Constituição Federal, que contém os valores hierarquicamente superiores, que orientam todo o sistema jurídico<sup>435</sup>. Ressalte-se que, nesse processo hermenêutico, não se pode aniquilar nenhum dos princípios que estão em colisão, sob pena de negar-lhes vigência<sup>436</sup>.

Faz-se mister destacar que, segundo a lógica da ponderação, em razão de seu caráter aberto e indeterminado, os princípios jurídicos são meros pontos de partida, uma vez que o caso concreto exercerá, ao fim e ao cabo, um papel determinante sobre qual deles deve prevalecer<sup>437</sup>. Alguns aspectos, contudo, têm sido negligenciados por parte da doutrina, na compatibilização dos princípios de Direito Privado com o direito positivado: (i) não compreensão da diversidade dos princípios jurídicos, que leva à confusão entre sua dimensão representativa e a dimensão normativa (ou prescritiva); (ii) prevalência metodologicamente inadequada de critérios de superioridade axiológico-material sobre critérios de superioridade hierárquico-formal, em casos de antinomias; (iii) principalmente, inobservância das diferenças entre os sistemas jurídicos da *Common law* e aqueles de matriz romano-germânica no tocante ao modo como operam os princípios em cada um deles<sup>438</sup>.

<sup>435</sup> A respeito, cite-se PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 9-10, expõe: “A hierarquia das fontes não é apenas um instrumento formal para resolver os conflitos entre normas emanadas de diversas fontes; assenta-se em uma lógica substancial, a partir dos valores presente no texto constitucional”.

<sup>436</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 259-271. Transcreva-se: “[...] cumpre não incorrer no desvio de, sob o pretexto de estender plenamente a aplicação dos direitos fundamentais ao âmbito privado, acabar-se asfixiando a autonomia individual, criando uma atmosfera totalitária, quase orwelliana, na qual a multiplicação ao infinito de deveres constitucionais reduziria a bem pouco a liberdade humana” (p. 28).

<sup>437</sup> Consoante António Cortês, *Jurisprudência dos princípios: ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional*, p. 227. *Apud* LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 67, “os princípios aplicam-se (sem amparo de um esquema lógico-formal) segundo um método geral de ponderação, ou seja, de acordo com o peso que tenham nas circunstâncias”.

<sup>438</sup> O papel central que os princípios exercem na fundamentação das sentenças, assim como nas máximas de decisão, na *Common Law*, traduz-se em simples inferências de normas estatuídas ou consequências interpretativas dessas normas, na *Civil Law*, sob pena de admitir-se a decisão *contra legem*. Consoante LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*, cit., p. 67.

Com a ressalva de estar-se apreciando a compatibilização *in abstracto* entre a reparação integral do dano e o dever de colaborar do credor, decorrente da boa-fé objetiva, visto ser imprescindível a apreciação das circunstâncias do caso concreto, pode-se concluir que a mitigação da reparação integral não gera redução incabível de reparação, em casos em que a vítima poderia reduzir os prejuízos, ainda que com uma conduta ativa, que se afigura razoável dentro de sua esfera de atuação, em confronto com exigências de justiça do ordenamento jurídico<sup>439</sup>. Se de um lado, no sistema da *Common Law*, predomina a matiz econômica do *duty to mitigate the loss* – de eficiência no tráfego jurídico e no direito dos contratos –, de outro, aspectos valorativos de ordem ético-jurídica, que orientam o ordenamento jurídico brasileiro, também sustentam uma conduta do credor – seja ativa, seja passiva – de evitar o agravamento dos danos<sup>440</sup>.

Essa diligência, exigida também do credor, que pode caracterizar uma atuação defensiva da boa-fé objetiva<sup>441</sup> ou um dever de proteção do patrimônio da contraparte dela decorrente<sup>442</sup>, corresponde à medida do esforço ou da colaboração exigível. Embora a doutrina alemã reconheça deveres decorrentes da boa-fé objetiva (§ 242 do BGB) também para o credor, entre os quais estão presentes os deveres de proteção (*Schutzpflichten*)<sup>443</sup>, o dever de

<sup>439</sup> Nesse sentido, LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*, cit., p. 184-185. Destaque-se: “A aplicação da regra de mitigação está fundada axiologicamente na busca pela cooperação das partes contratantes e, ao mesmo tempo, tem por efeito fomentar essa própria cooperação. [...] Na aplicação da norma da evitabilidade, entretanto, essa injustiça não se verifica, pois a parcela do prejuízo que não será indenizada ao credor é justamente aquela que ele poderia ter evitado”.

<sup>440</sup> Sobre a primazia da ética sobre interesses de ordem econômica, o que adotamos com reservas, cite-se AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do dever*: resolução. De acordo com o Novo Código Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003. p. 235: “Por mais que, do ponto de vista dos interesses econômicos, convenha ora a conservação, ora a resolução de certos contratos (por exigência e segurança do mercado ou para a rápida circulação de bens, como nos contratos de adesão para a venda financiada de mercadorias), a balança deve pender para a solução que preserve a ética”.

<sup>441</sup> Na perspectiva de LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*, cit., p. 185.

<sup>442</sup> A esse propósito, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 556-557, ao afastar a qualificação do dever de mitigar o próprio prejuízo como ônus jurídico, ressalta: “Não há interesse à prestação (por isso, não se qualifica como dever anexo), mas a inércia do lesado pode se refletir no patrimônio do lesante e, conseqüentemente, no do lesado, que já inadimplente. Por isso, o descumprimento do ônus, nesse caso, também geraria, por eficácia reflexa, violação de dever de proteção ao patrimônio da contraparte. Não se trata, pois, tipicamente, de um ônus jurídico: há, na figura, elementos de ônus e de dever lateral. [...] Em vista do sistema do Direito brasileiro referente às conseqüências do inadimplemento imputável, o ‘dever de mitigar’ resta, efetivamente, a meio caminho entre as categorias do ônus jurídico (no sentido tradicional) e a do dever de proteção [...]”.

<sup>443</sup> Como leciona LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*. 17. Auflage. München: C. H. Beck, 2019. p. 28: “Rechtsprechung und Literatur haben dem § 242 jedoch einen allgemeinen Gedanken entnommen, der nicht nur für den Schuldner, sondern auch für den Gläubiger gilt und alle Schuldverhältnisse beherrscht: nämlich dass jeder bei der Ausübung seiner Rechte und der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln hat, was insbesondere bedeutet, dass auf die berechtigten Interessen des anderen Teils Rücksicht zu nehmen ist”. Tradução livre: *No entanto, jurisprudência e doutrina extraíram uma ideia geral do § 242, que se aplica não apenas ao devedor, mas também ao credor e que rege todas as relações obrigacionais: ou seja, que todos devem agir de boa-fé no exercício de seus direitos e no cumprimento de seus deveres, o que significa, em particular, que os interesses legítimos da*

mitigar danos encontra-se atrelado, conforme entendimento predominante naquele país, à concorrência de culpas, prevista no § 254 do BGB. Muito embora a raiz legal não afaste sua conexão com a boa-fé objetiva, que se infiltra por todo o ordenamento jurídico<sup>444</sup>, como apontamos no item 6.4, não se correlaciona com os § 241 Abs. 2 ou § 311, o que afastaria a natureza jurídica de dever de proteção (*Schutzpflicht*) do *duty to mitigate the loss*, ao menos naquele sistema jurídico.

Esse dever de mitigar danos<sup>445</sup>, que já foi, reiteradas vezes, admitido nos Tribunais brasileiros<sup>446</sup>, não representa uma ingerência indiscriminada na liberdade do credor, ora lesado, que ainda pode comportar-se de acordo com suas escolhas, que, afinal, impingem-lhe consequências de caráter econômico, mas deve se ater ao que é razoável<sup>447</sup>, que se pode esperar de ordinário, como definem diversos diplomas internacionais<sup>448</sup>. Essa razoabilidade, que orienta como já mencionado o § 254 do BGB, não apenas assinala o esforço exigível por parte do lesado como a manifestação concreta de um tal dever de conduta. Nessa medida, não é adequado exigir da vítima da inexecução contratual, indiscriminadamente, a adoção de quaisquer medidas em quaisquer circunstâncias, de modo que sacrifícios ou riscos adicionais àqueles derivados do contrato não podem ser, por esse expediente, a ela transferidos<sup>449</sup>.

---

*contraparte devem ser levados em consideração.* A respeito dos deveres de proteção, remetemos o leitor ao item 4.2.3.

<sup>444</sup> Reconhecendo a opinião dominante de que o § 254 do BGB seria interpretado à luz da boa-fé objetiva, mas discordando, na medida em que o objeto da análise restringir-se-ia à violação de uma obrigação da parte lesada, a partir de uma avaliação cuidadosa dos interesses em conflito, cite-se STAUDINGER; OLZEN, Dirk; LOOSCHELDERS, Dirk. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen/ [Kommentatoren § 242 Dirk Olzen]*. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse §§ 241-243. Neubearbeitung. Berlin: Sellier de Gruyter, 2019. Online version. § 242. Rn. 593-594.

<sup>445</sup> Embora seja um “dever” *sui generis*, na medida em que não comporta uma pretensão, mas apenas uma objeção.

<sup>446</sup> Cf. ZANETTI, Cristiano de Sousa. A mitigação do dano e alocação da responsabilidade. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 35, p. 28-36, jul./set. 2012. p. 31. Em julgamentos mais recentes, citem-se decisões do Superior Tribunal de Justiça: AgInt no REsp 1831113/SP, Relator Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 21.09.2020, DJe 24.09.2020; REsp 1731351/RS, Relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 25.08.2020, DJe 09.09.2020; AgInt no AREsp 1154040/SP, Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 27.11.2018, DJe 04.12.2018.

<sup>447</sup> Sobre os limites do parâmetro da razoabilidade, cite-se decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1201672/MS, Relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 21.11.2017, DJe 27.11.2017: “É claro que não se pode exigir que o credor se prejudique na tentativa de mitigação da perda ou que atue contrariamente à sua atividade empresarial, porquanto aí não haverá razoabilidade”.

<sup>448</sup> Novamente ZANETTI, Cristiano de Sousa. A mitigação do dano e alocação da responsabilidade, cit., p. 32, elenca a Convenção de Viena, os Princípios Unidroit, o *Draft Common Frame of Reference* e a *Common European Sales Law*, que se referem ao *reasonable man*.

<sup>449</sup> Nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*, cit., p. 560-563: “Em suma: o que se sanciona pela figura é a inércia inescusável da vítima do dano em buscar uma solução razoável, tendo como consequência o aumento do prejuízo resultante de defeito ou da ausência da execução contratual”.

## 7.2 Do dever de se informar no Direito brasileiro

A partir do reconhecimento de um dever de mitigar danos, derivado da boa-fé objetiva<sup>450</sup>, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, observa-se a presença dos requisitos para avaliar e delimitar os contornos do dever de se informar, da parte que detém os meios técnicos e financeiros para tanto, não sendo razoável exigir da contraparte, mesmo possuidora de tais elementos, que forneça tais informações. TOMASEVICIUS destaca dois elementos para determinar em que medida há um dever de informar ou a obrigação recai sobre a contraparte: quão necessários são tais esclarecimentos, que não aparecem espontaneamente no curso da formação da relação jurídica, e a dificuldade de obtê-los sozinho – o que eleva os custos de transação<sup>451</sup>.

Os deveres informacionais, inclusive aquele de se informar, ultrapassam a esfera do *duty to mitigate the loss*, seja porque a boa-fé objetiva espraia-se por todo o ordenamento jurídico, seja porque o consentimento válido, que se opta por denominar “lúcido”, enquanto voluntário e esclarecido, é um dos elementos do negócio jurídico, ainda que não acarrete sua anulação por opção da vítima, que não pode ser duplamente prejudicada. Observa-se, nesse sentido, que, na França, onde, majoritariamente, não se admite um dever de mitigar danos<sup>452</sup>, tampouco os deveres da boa-fé objetiva encontraram repercussão, o dever pré-contratual de informação foi inserido no Código Civil, com a Reforma de 2016 (*Ordonnance* n. 2016-131), como uma consagração da evolução jurisprudencial anterior no art. 1112-1, al. 4<sup>453</sup>, sendo matéria de ordem pública, que não pode ser limitada nem excluída pelas partes contratantes<sup>454</sup>.

<sup>450</sup> Por vezes se observa o recurso ao abuso de direito, que comportaria a extensão do dever de mitigar os danos ao âmbito extracontratual. Cite-se, exemplificativamente, REsp 1731351/RS, Relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 25.08.2020, DJe 09.09.2020. Contudo, como já antes referido, este estudo restringe-se à esfera contratual ou aos deveres estabelecidos em função do contrato.

<sup>451</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020. Versão online. p. 233. Destaque-se que o jurista entende ser hipótese de ônus e não de dever de se informar. Ele apresenta também esse ônus como regra geral, na esteira do *caveat emptor*. Embora se trate, segundo nossa posição, de dever (sobre o que remetemos o leitor para o item 7.1.2, nota de rodapé 443), restringe-se aqui seu âmbito de aplicação, limitado às hipóteses, como por aplicação da cláusula de boa-fé objetiva, que geram consequências jurídicas àquele que não se desincumbe do referido dever – impossibilidade de ser indenizado por tais prejuízos.

<sup>452</sup> Remeta-se o leitor ao item 7.1.1.

<sup>453</sup> No original: “Il incombe à celui qui prétend qu’une information lui était due de prouver que l’autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu’elle l’a fournie”. Tradução livre: “*Incumbe àquele que alega que a informação lhe é devida provar que a outra lhe a devia; por outro lado, a essa outra parte incumbe provar que a forneceu.*”

<sup>454</sup> Cf. PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Les obligations*, cit., p. 108. Segundo a jurista francesa, o descumprimento dessa obrigação, que atinge tanto relações paritárias como também entre fornecedor e consumidor, acarreta responsabilidade extracontratual, ou as consequências do dolo por reticência, na forma do disposto no art. 1.112-1, al. 6, do *Code Civil français*, após alteração promovida pela *Ordonnance* n. 2016-131.

Não há coincidência entre dever de se informar e dever de mitigar danos<sup>455</sup>. Contudo, deve-se ter em mente que a figura como se originou na Common Law, sistema jurídico que ainda não reconhece a força vinculante da boa-fé objetiva, em razão de uma concepção mais rígida do *pacta sunt servanda*, não deve ser transposta para nosso ordenamento jurídico, naqueles exatos termos. Considerando o fundamento sobre o qual se assenta sua adoção por aqui, é possível concluir que as balizas lá definidas, como sua aplicação apenas após o inadimplemento, não são extensíveis ao Direito brasileiro, na medida em que a boa-fé objetiva incide em qualquer fase da relação contratual.

Sem que se pretenda equiparar os deveres informacionais à figura do *duty to mitigate the loss*, são inegáveis as semelhanças entre o dever de se informar e aquele da parte contratual lesada de evitar o agravamento dos danos. Este, de um lado, exige uma conduta proativa da vítima, em cumprimento de deveres de colaboração, com vistas a evitar ou reduzir os danos que poderiam lhe atingir, observados parâmetros de razoabilidade<sup>456</sup>, ao passo que o dever de se informar, na mesma esteira, restaria caracterizado pelo reconhecimento in concreto de que certa informação relevante e necessária à tomada de decisão, portanto capaz de influenciar na concretização (ou não) do negócio jurídico e na definição de seus principais elementos, deve ser investigada por aquele que dela usufrui. Não se trata, portanto, de toda e qualquer informação, que, de um modo geral, sempre agregam ao processo de exercício da autonomia da vontade e delimitam os riscos assumidos por cada um dos contratantes, mas daquelas que promovem um consentimento real e efetivo<sup>457</sup>.

---

<sup>455</sup> Ressalte-se, ainda, que há um dever do credor de mitigar as perdas, ao longo do contrato ou mesmo após o inadimplemento, diante da assimetria informacional, e com vistas a reduzir os prejuízos globalmente considerados, conforme LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*, cit., p. 124: “No momento em que uma das partes verifica que seu custo foi alterado mais do que havia inicialmente previsto, ela possivelmente não dispõe de informações precisas sobre as consequências de seu inadimplemento – quais são os danos evitáveis e quais são inevitáveis – ou sobre os possíveis ajustes que podem ser feitos de maneira eficiente em sua prestação, de forma a evitar o descumprimento contratual”.

<sup>456</sup> Cf. MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e da força maior*. São Paulo: Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2021. p. 332-333. Segundo reiterados julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, os pressupostos para o surgimento do *duty to mitigate the loss*, analisando os casos de demora na execução de dívidas pelas instituições financeiras, não se restringem ao ajuizamento da ação próximo ao prazo prescricional, mas impõe-se, outrossim, que: “credor tenha violado, comprovadamente, alguns dos deveres anexos ao contrato, promovendo condutas ou omitindo-se diante de determinadas circunstâncias, ou levando o devedor à legítima expectativa de que a dívida não mais seria cobrada ou cobrada a menor” (REsp 1201672/MS, Relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 21.11.2017, DJE 27.11.2017).

<sup>457</sup> Cf. POPP, Carlyle, *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 198.

A consequência jurídica, assim como aquela do dever de mitigar danos, também não é uma pretensão da contraparte em face daquele que tem o dever de se informar, mas antes uma impossibilidade de exigir indenização ou qualquer reparação daquele que se eximiu do dever de informar, porquanto tal esclarecimento seria razoavelmente obtido pelo interessado, valendo-se da diligência do homem médio<sup>458</sup>. Desse modo, na medida em que a obrigação de se informar recai sobre aquele que será prejudicado pela ausência ou insuficiência da informação, e ainda que tal circunstância seja bem mais frequente na fase pré-contratual, verifica-se um dever de conduta daquele que sofrerá maiores prejuízos caso se mantenha inerte, o que guarda proximidade com o *duty to mitigate the loss*.

Assim como o dever de mitigar danos é a contrapartida, ou ponto de equilíbrio, em relação ao dever do lesante de reparar os danos a que deu causa, o dever de se informar apresenta-se, no tocante ao dever de informar, como a outra face da moeda dos deveres de cooperação decorrentes da boa-fé objetiva<sup>459</sup>, mais robustos antes da conclusão do contrato. Aspecto a dar o tom do dever de se informar consiste em definir se a informação configura fatos notórios ou de fácil apreensão que se reputam na esfera de riscos contratuais daquele que não buscou as informações; afinal, inexistente um dever de tutela entre partes que negociam, em condições paritárias, no mercado<sup>460</sup>.

<sup>458</sup> A esse respeito, cite-se PRATA, Ana. *Responsabilidade pré-contratual: uma perspectiva comparada dos direitos brasileiro e português*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 135. Acentue-se que tal perspectiva coaduna-se com uma análise econômica do Direito e a divisão dos deveres informacionais conforme os custos de transação. Igualmente, TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*, cit., p. 235, define o dever de se informar – que ele entende ter natureza jurídica de ônus –, *a contrario sensu*: “a parte terá direito de ser informada tão-somente quando os custos de transação forem muito elevados para obtê-las, de tal sorte que nem mediante razoáveis esforços seria possível eliminar ou atenuar o déficit informacional que possui”.

<sup>459</sup> É o que pode se extrair a partir das lições, sobre deveres acessórios, de VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 13. reimpr. Coimbra: Almedina, 2016. v. I. p. 127: “cumpre acentuar ainda que os deveres acessórios de conduta tanto recaem sobre o devedor, como afectam o credor, a quem incumbe evitar que a prestação se torne *desnecessariamente* mais onerosa para o obrigado e proporcionar ao devedor a cooperação de que ele razoavelmente necessite, em face da relação obrigacional, para realizar a prestação devida”.

<sup>460</sup> A propósito, destaque-se lição de SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 355-371: “Que um dever pré-contratual de fornecer à contraparte informação sobre todos os aspectos relevantes para a sua decisão, incluindo mesmo aqueles que possam levar a afastar-se do projecto negocial, não pode ser afirmado com um carácter geral, resulta logo, em regra, da existência de interesses contrapostos. A cada qual cabe a oportunidade e o risco da escolha do parceiro contratual ‘certo’ e do objeto da prestação mais apropriado aos seus interesses. Fora das hipóteses em que existia uma obrigação de contratar, nas quais o dever de informar se compreende de per si, parece pois, tendo presente o princípio da liberdade negocial, que uma parte, mesmo solicitada, não está normalmente obrigada a fornecer dados à contraparte, à qual caberá tirar de facto as respectivas consequências – embora, se o fizer, deva proceder de acordo com a verdade –, e que, por outro lado, o dever de, espontaneamente, revelar elementos que possam influir a decisão do parceiro negocial, necessita de uma justificação particular. [...] Se o princípio da boa fé constitui o fundamento jurídico, o fundamento material – nessa medida, a fonte – reside na desigualdade ou desnível da informação, a qual, por si só, não basta. Para que um parceiro de negociações deva informar espontaneamente o outro, com isso defendendo ou curando de interesses alheios, é necessário que exista uma particular necessidade de protecção. [...]

LARENZ acentua a regra de que cada parte deve buscar as informações relevantes para a decisão contratual por conta própria. O limite entre o dever de informar e o dever de se informar residiria sobre aspectos específicos de experiência e conhecimento das partes, de modo que, quanto maior essa medida de acesso às informações, maior o dever de compartilhá-las, reequilibrando a posição entre as partes<sup>461</sup>. Vislumbra-se, ainda, que o dever de se informar aproxima-se, sobremaneira, do dever de diligência – com seus próprios interesses e negócios, como em caso em que a parte compradora poderia saber, desde antes da assinatura do contrato, que o imóvel encontrava-se pendente de regularização para obtenção do Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR), e deveria ter tomado as providências daí esperadas<sup>462</sup>.

No sistema jurídico brasileiro, que prevê uma proteção destacada para o consumidor, observa-se esse dever de informar agravado do fornecedor, como se extrai do art. 46 da Lei n. 8.078/90<sup>463</sup>, sem que, contudo, haja uma isenção de responsabilidade da parte hipossuficiente, que ainda deve se portar segundo a boa-fé objetiva, e os deveres dela decorrentes, como os de colaboração<sup>464</sup>. Destaque-se a dificuldade de provar que o

---

Importante é obviamente o tipo de relação contratual intencionada. Numa relação de troca, com interesses contraditórios, o nível de exigência tem de ser menor do que quando é tida em vista uma actividade no interesse alheio (v.g. tratamento médico) ou a colaboração num fim comum (sociedade). Em todo o caso, a informação prestada, além de verdadeira, tem de ser suficientemente clara para compensar o desnível anterior”.

<sup>461</sup> LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichenrechts*. [Atualizado por Manfred Wolf]. 9ª Auflage. München: C. H. Beck, 2004. p. 599-600, *in verbis*: “Die Nichterteilung einer Information ist jedoch nicht in jedem Fall pflichtwidrig, weil jeder Vertragspartner grundsätzlich die Last der Eigeninformation trägt und sich selbst um die vertragsrelevanten Informationen, notfalls auch durch Befragen und eigene Untersuchungen kümmern muss [*sic*]. [...] Über die ausdrücklich geregelten Fälle hinaus kann ohne ausdrückliches Fragen eine Informationspflicht nur unter besonderen Umständen hergeleitet werden. [...] Der Umfang der Aufklärungspflicht richtet sich nach den vorhandenen Erfahrungen und Kenntnissen beider Seiten”. Tradução livre: “O não compartilhamento de uma informação nem sempre, porém, é uma violação do dever, porque cada parceiro contratual basicamente assume o ônus de autoinformação e deve preocupar-se ele mesmo com as informações relevantes para o contrato, se necessário fazendo perguntas e realizando as suas próprias investigações. [...] Além dos casos expressamente regulamentados, um dever de informar, sem perguntas expressas, só pode ser instituído em circunstâncias especiais. [...] A extensão do dever de esclarecimentos conforma-se à experiência e ao conhecimento de ambas as partes.”

<sup>462</sup> TJSP, Apelação Cível n. 1005749-52.2020.8.26.0269, 33ª Câmara de Direito Privado. Relatora Ana Lúcia Romanhole Martucci. Data de julgamento: 13.09.2021. DJe 14.09.2021. Em sentido semelhante, associando o dever de se informar de um médico cooperado em relação à operadora de plano de saúde a um dever de diligência antes do ingresso, STJ, AREsp 1.427.771-SP (2019/0011421-8), Ministro Luis Felipe Salomão, 07.03.2019.

<sup>463</sup> Transcreva-se o dispositivo: “Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”. Acrescente-se, ainda, o dever de informação quando o fornecedor toma conhecimento tardio dos riscos do produto ou serviço (art. 10, §§ 1º e 2º) e na hipótese de contrapropaganda (arts. 56, XII, e 60, todos do Código de Defesa do Consumidor).

<sup>464</sup> A esse respeito, cite-se TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*, cit., p. 235, rebatendo doutrina que entende incabível o dever de se informar do consumidor: “O descumprimento ou dispensa do ônus de se informar ajuda a entender por que excepcionalmente há a sensação de injustiça

consumidor tinha conhecimento prévio de certos aspectos, como o risco do produtor, ainda que essa ciência afastasse o dever de informação do fornecedor<sup>465</sup>. Porém, não se pode afirmar que há um dever ilimitado de informar deste último: em última análise, mesmo na esfera consumerista, fatos notórios ou de fácil apreensão também são presumidos conhecidos, não se podendo exigir, todavia, que consumidor, hipossuficiente técnico, envide esforços e dedicação irrazoáveis.

Além disso, o dever de se informar deve respeitar as balizas da razoabilidade, de modo que não se pode exigir cuidado exagerado com a contraparte, controlar a veracidade das informações prestadas e proteger-se do outro contratante, uma vez que o sistema jurídico é regido pela presunção de boa-fé (subjéitiva) e que os agentes econômicos são ativos e probos – o que espelha a confiança pressuposta para a fluidez das relações comerciais<sup>466</sup>. Ressalte-se que o contrato de seguro, embora possa configurar uma relação de consumo, submete-se a deveres específicos de informação, tendo em vista o liame aprofundado de colaboração que se requer dos contratantes. De um lado, é vedado à seguradora inserir cláusulas de difícil compreensão, ao passo que aos segurados não se admite omitir informações sobre as reais condições do risco ao qual a coisa ou a pessoa encontram-se expostas<sup>467</sup>.

Não se deve confundir o dever de se informar com a obrigação de verdade da contraparte quando, diante de questionamentos legítimos de seu parceiro negocial, faz afirmações mentirosas ou silencia. O Direito Civil brasileiro trata de tais hipóteses, em parte, no espectro dos vícios de vontade, mais especificamente do dolo, ainda que se possa fazer subsistir o ato em prol do interesse da vítima, que prefere ver-se indenizada pelos prejuízos sofridos. Segundo AMARAL, o dolo pode ser comissivo, enquanto uma ação enganadora, ou omissivo, no silêncio que leva ao erro do destinatário da informação, quando havia um dever de elucidação<sup>468</sup>. Destaque-se, ainda, a existência de deveres laterais pré-contratuais,

---

ao se proteger excessivamente a parte mais fraca. A não imposição do ônus de se informar para os casos em que houver baixos custos de transação é injusta, porque estes fazem parte do jogo das relações negociais às quais todos estão sujeitos”.

<sup>465</sup> Cf. FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 157-158.

<sup>466</sup> Cf. FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*, cit., p. 158. Não se compartilha, porém, da compreensão de que o Direito protege os ingênuos. Poder-se-ia, porém, dizer que o Direito protege aqueles que presumem a boa-fé (subjéitiva) da contraparte, ausentes elementos que indiquem o contrário (a afastar, pois, a presunção).

<sup>467</sup> Segundo SILVA, Ivan de Oliveira. *Curso de direito do seguro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 97, ao contrato de seguro aplica-se o princípio da estrita boa-fé objetiva, consoante o art. 765 do Código Civil.

<sup>468</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil brasileiro*: introdução. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 538. Também PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. I. p. 446. A omissão dolosa já estava presente no Código Civil de 1916 (art. 94) e foi reproduzida no Código Civil de 2002 (art. 147).

derivados da boa-fé objetiva, que responsabiliza aquele que presta as informações, na relação contratual, também por culpa<sup>469</sup>.

Por fim, em contratos paritários, é possível estabelecer cláusulas de divisão dos deveres informacionais, ainda que esse expediente não seja, na maior parte dos casos, eficaz de um ponto de vista social<sup>470</sup>. Isso porque, de ordinário, a informação é mais facilmente acessível a uma ou outra parte, afigurando-se razoável – inclusive pelo ângulo dos custos de transação – que cada qual se responsabilize segundo tal critério. Em casos excepcionais, de partes com grande capacidade técnica e financeira, se a informação pode ser obtida por qualquer uma delas, seria possível essa repartição convencional. Contudo, como já defendemos<sup>471</sup>, não são toda e qualquer informação que conduzem a um dever jurídico de informar e de se informar, o que excluiria aquelas acessíveis a ambas as partes. Sob essa ótica, estabelecer cláusulas sobre a repartição de informações configuraria novos deveres de informação fixados pelos interessados no livre exercício de sua autodeterminação.

---

<sup>469</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo civil no direito brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e comissão, dolo acidental e dever de indenizar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 923, p. 115-143, set. 2012. p. 127-128. Remeta-se o leitor ao item 4.2.2, nota de rodapé 242, e ao item 5.1.1.2.

<sup>470</sup> A respeito, FABRE-MAGNAN, Muriel. FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats: essai d'une théorie*. Paris: LGDJ, 2014. p. 451: “En effet, par hypothèse, les parties n'ont pas un égal accès à l'information, sinon il n'existerait pas d'obligation d'information et le débiteur n'aurait alors aucun intérêt à limiter cette obligation. Le créancier de l'obligation d'information devra donc investir un certain coût pour rechercher l'information à la place du débiteur, coût qui est, par définition, toujours supérieur à celui qu'aurait dû dépenser le débiteur pour cette même recherche. Il est donc plus efficace de laisser l'obligation de rechercher l'information à la charge du débiteur: le coût social est ainsi minimalisé. Si en revanche, cette répartition conventionnelle de la recherche des informations était validée, tous les acheteurs pourraient être tenus d'effectuer un investissement pour déjouer les tromperies des vendeurs, de mener leur propre enquête sur la maison; le coût global pour la société serait alors très important. En outre et surtout, il est clair que si le vendeur est tenu d'une obligation d'information, il devra certes faire une expertise, mais pourra ensuite communiquer les résultats de celle-ci à tous les acheteurs potentiels. Si en revanche chaque acheteur devait s'informer lui-même, il serait nécessaire de multiplier le coût de l'expertise par le nombre d'acheteurs potentiels, ce qui accroîtrait là encore de façon considérable le coût total pour la société. Il apparaît donc plus efficace, d'un point de vue économique, de ne pas valider les clauses limitatives de responsabilité en matière d'obligation d'information”. Tradução livre: “Com efeito, por hipótese, as partes não têm igual acesso à informação, caso contrário não haveria a obrigação de informação e o devedor não teria então nenhum interesse em limitar essa obrigação. O credor da obrigação de informação deverá, portanto, investir um determinado custo para obter a informação em vez do devedor, custo este que é, por definição, sempre superior ao que o devedor deveria ter despendido nessa mesma investigação. É, portanto, mais eficaz deixar a obrigação de obter informações a cargo do devedor: o custo social fica assim minimizado. Se, por outro lado, essa distribuição convencional de informações de pesquisa fosse validada, todos os compradores poderiam ser obrigados a fazer um investimento para frustrar os enganos dos vendedores, para conduzir sua própria investigação sobre a casa; o custo geral para a sociedade seria então muito significativo. Além disso, e sobretudo, é claro que, se o vendedor for obrigado a fornecer informações, certamente terá de realizar uma perícia, mas poderá comunicar os resultados desta a todos os potenciais compradores. Se, por outro lado, cada comprador se informasse ele mesmo, seria necessário multiplicar o custo da perícia pelo número de compradores potenciais, o que aumentaria novamente, consideravelmente, o custo total para a sociedade. Parece, portanto, mais eficaz, do ponto de vista econômico, não validar as cláusulas de limitação da responsabilidade no que se refere à obrigação de informar.”

<sup>471</sup> Remeta-se o leitor à nota de rodapé 451 deste item.

## CONCLUSÃO

A partir de uma compreensão do contexto socioeconômico mundial, nos dias atuais, especialmente da valorização do imaterial, sobremaneira do conhecimento, e do papel central das informações coletadas e disponíveis, desenvolveram-se as premissas para a análise dos contornos do dever de informar e do dever de se informar. Demonstrou-se, ainda, que a racionalidade humana é limitada, e o modelo da informação completa é irreal, de modo que o acesso aos elementos para a tomada de decisão revela-se desigual (assimetria da informação) e a capacidade das partes contratantes de processá-los desponta restrita.

A complexidade do mundo contemporâneo, para a qual a evolução tecnológica contribuiu de forma determinante, torna a expressão de Daniel Bell – “sociedade da informação” – inexata para descrever o fenômeno atual. Revela-se mais apropriada a denominação “sociedade em rede”, cunhada por Manuel Castells, que acentua a alteração de uma estrutura social de forma vertical para redes de componentes autônomos, compostas de nós interconectados, que importam maior intensidade ou frequência de interação entre as respectivas posições sociais. Em que pese, de fato, a informação já ser, de há muito, aspecto de grande importância para a sociedade, o que despontou, nas últimas décadas, sobretudo com a Era Digital, foi a transformação da informação em elemento-chave da organização social, na medida em que configura seu fio condutor.

Afinal, a coleta e tratamento massivos de dados – o que se denominou *Big Data* – é fenômeno próprio do século XXI. Isso fez surgir enormes conglomerados empresariais da *web*, cujo principal ativo são as informações que detêm e disponibilizam, mediante remuneração, para uma “governabilidade algorítmica”, vale dizer, mídia dirigida para as necessidades de cada um. As TICs (tecnologias da informação e da comunicação), de modo acentuado pela pandemia do Coronavírus, que exigiu o isolamento social, promovem a “substituição informacional”, caracterizada pela desmaterialização das atividades outrora realizadas por meio físico de modo presencial: *e-commerce*, *home working*, *e-book*.

Se a tendência era a evolução social pautada nas ideias e no conhecimento, enquanto deduções mais complexas a partir de um conjunto de informações, acarretando um modo de vida baseado em novos valores nas diversas esferas, por exemplo, promovendo processos de produção mais eficientes (ambientalmente sustentáveis), o que se viu, com a eclosão da pandemia do Coronavírus, foram retrocessos, que ainda não se sabe se pontuais ou definitivos, no intercâmbio de pessoas e na disseminação das cadeias produtivas pelo mundo.

Um modelo econômico baseado nas ideias foi questionado quando as grandes potências mundiais se depararam com a falta de insumos para tratamento de saúde, pois estavam concentrados em poucos países. A globalização sofreu fortes reveses.

Ainda que derivados da boa-fé objetiva, ou seja, mesmo já se apresentando como uma especificação de um dos deveres laterais dela decorrentes, os deveres informacionais demandam definir o que compõe o objeto da prestação: a informação. Trata-se de mensagem que altera a percepção do destinatário sobre alguma coisa, influenciando suas decisões, inclusive negociais. Acentue-se, porém, que, por mais que aquele cumpra seu dever, disponibilizando a informação clara e completa, não há garantias de que sua obtenção pela contraparte ocorrerá de forma eficiente, por exemplo, em razão de atalhos cerebrais que levam a uma análise enviesada da realidade. Esse é um traço que justifica que a escolha equivocada, mesmo que do consumidor, não pode caracterizar, de modo indiscriminado, a quebra do dever de informar.

Por outro lado, a fim de definir também por exclusão, tem-se que a desinformação, embora aparente ser um conjunto de dados que, ao passar por uma estruturação cognitiva, ganham significado, relevância e propósito, não se confunde com informação, nem com a neutralidade própria de sua privação. Diante da crítica pertinente ao termo *fake news*, na medida em que contribui para o descrédito da imprensa séria, com repercussões desastrosas sobre seu papel na democracia, opta-se por denominar desinformação mensagens que não necessariamente contêm elementos mentirosos por si, mas que contradizem as evidências e objetivam alterar a compreensão do destinatário, fazendo-o aderir a certo projeto. Revela-se, ainda, um propósito de engajá-lo, para disseminar a mensagem por meio do compartilhamento, caracterizando uma atuação com método. Outra diferença marcante é que, diversamente do papel secundário da informação de tutela da confiança, a desinformação contribui para a “sociedade da desconfiança”, na qual, diante da descrença que promove, é, em si, desinformante.

A informação deve ser diferenciada de meros conselhos ou recomendações, que abarcam uma indicação ao destinatário de como deveria agir ou não, contendo um juízo de valor daquele que emite a mensagem. Há, ainda, o dever de advertir, que implica maior onerosidade para que sejam apresentadas recomendações mais detalhadas e precisas. Mesmo nessa hipótese, o destinatário é livre para escolher segui-lo ou não. O dever de informar corresponde ao dever de revelar a informação bruta, inexistindo um direito subjetivo de mera satisfação da curiosidade. Existem outros vocábulos que indicam o dever de informar, sem correspondente específico no idioma português, como, do francês, *obligation de*

*renseignement*, ou, do alemão, *Auskunftspflicht*, mas sem variações de conteúdo ou qualquer repercussão.

Analisando o Direito alemão, como meio de subsidiar aprimoramentos em nosso ordenamento jurídico, no que for útil e pertinente, observa-se a diferenciação entre *Auskunftspflicht*, de ordinário associado ao dever de informação como prestação principal, e que, portanto, torna-o exigível em juízo, e *Aufklärungspflicht*, enquanto dever lateral, atualmente plasmado no § 241, II, do BGB, cuja inobservância autoriza tão somente a pretensão à indenização por perdas e danos. Ademais, aquele tem caráter retrospectivo, associado ao fornecimento das informações que poderiam ter auxiliado o destinatário na tomada de decisão, ao passo que este último é cumprido sempre após a formação do contrato, sendo objeto de sua prestação principal. Não é por outra razão que *Aufklärungspflichten*, que aliviam a reponsabilidade de se autoinformar, são temporalmente localizados na fase pré-contratual, mas não podem ser objeto de pretensão específica ao seu cumprimento, pois, quando o prejudicado toma ciência da violação do seu direito de ser informado, os danos já ocorreram. Não há diferenciação semelhante no Direito português.

Verifica-se, doutra banda, que os limites do dever de informar são traçados, atualmente, também por uma mudança de perspectiva econômica de que a parte contratual não possui informação completa e de que as informações encontram-se dispersas entre as pessoas, com custos embutidos para sua apreensão e processamento. Não se olvide de que os padrões de eficiência, próprios das Ciências Econômicas, não serão, por si, definidores da medida em que é exigível fornecer a informação ou responsabilizar a contraparte por sua obtenção, tendo em vista que sua relevância, sob o aspecto jurídico, depende de coincidirem com a busca pelo alcance da finalidade contratual. O Direito, contudo, deve aproveitar conhecimentos interdisciplinares para aprimorar suas ferramentas, como reconhecer deveres informacionais mais robustos sempre que as partes tiverem maiores incentivos a condutas oportunistas, a exemplo do que ocorre em contratos de caráter instantâneo.

Na definição dos deveres de informar, ou no que se exige a autoinformação, não se pode ignorar os custos envolvidos com a obtenção desses elementos decisórios, que não se coadunam com uma busca infinita de todos os elementos relativos ao contrato, sob pena de se tornar economicamente inviável a própria atividade negocial. Sendo assim, de um lado, deve ser sopesado o impacto da informação no tocante ao risco assumido diante da decisão de contratar e conforme o conteúdo do contrato, que denota a relevância da informação. Assim como os demais deveres de colaboração decorrentes da boa-fé objetiva, a definição do conteúdo do dever de informar depende da análise do caso concreto, já se destacando não

ser razoável exigir, salvo casos especiais que envolvem o direito à saúde do sujeito, por exemplo, que o contratante informe todos os aspectos sobre os quais tenha conhecimento (o que também seria um fato negativo de difícil comprovação).

Contudo, ainda que o contratante não tenha que revelar todos os elementos intrínsecos ao objeto do contrato, o fato de a informação ser extrínseca sinaliza que as partes possuem igual acesso à informação, ao menos nos contratos paritários, o que não legitimaria um dever de informar. Outro aspecto que deve prevalecer, nessas relações jurídicas, é o de que o Estado, em um sistema econômico como o brasileiro, só deve atuar para garantir o jogo concorrencial (*fair play*), de modo que o agente econômico é presumido apto e probo, devendo comportar-se conforme a legítima expectativa do mercado, por exemplo, diligenciando razoavelmente – também sob o mote dos custos – para obter as informações relevantes para a contratação. Dessa forma, a autonomia privada é resguardada, mesmo na hipótese de a parte contratual – nesse exemplo, normalmente empresário – adotar uma estratégia equivocada e amargar prejuízos.

Além da relevância, outro critério importante para definir o objeto do dever de informar é a pertinência da informação, entendida como elemento capaz de provocar reação na contraparte, a partir de uma análise objetivada do comportamento esperado do agente econômico. Neste ponto, opta-se por uma análise *a contrario sensu*, isto é, a informação que foi omitida não é capaz de provocar qualquer reação em seu destinatário e, conseqüentemente, prejuízo digno de reparação? Nessa esteira, ressalte-se que a informação que aumenta o valor da prestação do próprio declarante (o que se encontra na sua esfera de interesses) não dá origem a deveres informacionais.

Em última análise, na compra e venda de participação societária, tem-se, de um lado, o vendedor, que, em posição privilegiada de acesso a informações essenciais para a análise de rentabilidade futura do negócio (o que destaca a assimetria informacional), deve disponibilizar todos os documentos necessários à avaliação patrimonial da empresa. À evidência, o vendedor não pode fornecer informação falsa ou ocultar dolosamente aspectos relevantes (omissão dolosa); de outro lado, não é obrigado a fornecer informações confidenciais ou estratégicas, que coloquem em risco a sua competitividade. A prática do mercado, tendo em vista a necessária análise *in concreto*, para o preenchimento do dever de informar, à semelhança da cláusula de boa-fé objetiva, conduz a outras soluções, conforme o caso; por exemplo, o trespasse de estabelecimento comercial exige do alienante informar o adquirente sobre as qualidades dos objetos transferidos.

Esses aspectos econômicos ingressam no sistema jurídico por três portas: (i) leis de mercado, que determinam a própria sustentabilidade das regras jurídicas; (ii) ética negocial dominante, que ingressa no sistema jurídico por meio de princípios e cláusulas gerais que contêm valores, diversamente da perspectiva meramente econômica, como a boa-fé objetiva; e (iii) leis especiais para mercados específicos que justificam a inserção de disposição expressa, como o mercado de capitais e o contrato de seguro. Uma vez amparados pelo Direito, que atua subsidiariamente nas hipóteses de falha dos mecanismos de confiança, as soluções dogmáticas determinam a interpretação e a integração dos contratos.

Na análise do dever de informar, em contratos paritários, deve-se observar os parâmetros comuns à interpretação dos ajustes empresariais: (i) a partir da causa do negócio, delimita-se o comportamento objetivamente esperado da cada parte e a legítima expectativa que gera na contraparte, merecendo proteção; (ii) adota-se como padrão interpretativo o *standard* do homem ativo e probo, conforme a racionalidade própria do universo contratual em análise; (iii) observa-se a eficiência da solução adotada, evitando-se interpretações que comprometam a segurança e a previsibilidade do mercado.

Urge reafirmar que, diante da igualdade entre as partes, e da necessidade de proteção do modelo de concorrência, não cabe uma aplicação hipertrofiada da boa-fé objetiva, embora, na prática, verifique-se, frequentemente, uma utilização judicial indiscriminada. Sendo assim, é possível que as partes contratuais, em uma análise de custo-benefício, tenham optado por não incluir determinada cláusula de *disclosure*, assumindo e precificando os riscos disso decorrentes. O terceiro adjudicador não pode derivar do contrato consequências contrárias à composição de interesses entre as partes, sob pena de violar o princípio da autonomia privada. Nesse sentido foi incluído o art. 421-A no Código Civil, pela Lei n. 13.874, de 2019.

Da cláusula-geral da boa-fé objetiva, cuja aplicabilidade no Direito brasileiro já era reconhecida mesmo antes de sua inserção no Código Civil de 2002, extraem-se deveres informativos, à semelhança do que ocorreu na Alemanha, onde o § 242 do BGB serviu de porta de entrada para construções jurisprudenciais sob a influência de valores éticos (*Rechtsfortbildung*). Com a ressalva do cuidado que se deve manter para o preenchimento de conceitos abertos e indeterminados, sob pena de arbitrariedade e inobservância do princípio da separação de poderes pelo Judiciário, essa possibilidade de construção jurisprudencial é salutar se inexistente texto legal em relação ao qual a decisão pode se apoiar, ainda que por meio de interpretação teleológica ou sistemática. Na Alemanha, também é

admitida caso necessário corrigir a aplicação da lei existente, tendo em vista mudanças de ordem econômica, tecnológica e social, em atenção à função dinâmica do sistema jurídico.

Os deveres de informar enquadram-se no primeiro grupo de casos que compõem a interpretação da boa-fé objetiva, ou seja, sob a perspectiva de sua função concretizadora, segundo o critério do campo normativo e da situação jurídica subjacente. A informação, conteúdo de tal obrigação acessória, tem caráter relacional, na medida em que a intensidade do dever de informar depende da concreta situação, levando em conta a modalidade da relação estabelecida (se empresarial ou consumerista), do que legitimamente se espera do sujeito contratante, consoante sua *expertise*, bem como da instrumentalidade *in concreto* – qual resultado esse dever busca atingir naquela hipótese.

Despontaram, no contexto alemão, como obrigações acessórias à principal, tendo em vista que aquele que se obriga deve envidar todos os esforços necessários para atingir os resultados objetivados pelas partes, inclusive evitando condutas que possam ameaçar os direitos, interesses e patrimônio da contraparte, como, desde a Reforma Obrigacional de 2002, passou a constar no § 241, II, do BGB. Na mesma época, foram inseridos os deveres pré-contratuais no § 311, II, do BGB, anteriormente derivados da teoria da *culpa in contrahendo*.

Embora atualmente a doutrina e a jurisprudência alemãs reportem-se, de forma majoritária, a tais deveres laterais a partir da previsão expressa, pode-se utilizar aquela fórmula inicial no Direito brasileiro, com esteio no art. 422 do Código Civil, abrangendo a fase pré-contratual. Na lição de Larenz, o dever lateral contratual de informar, com espeque no § 242 do BGB, surge quando a parte, sem culpa, não tenha segurança da existência e do escopo de seu direito e dependa, pois, das informações da contraparte, que poderia fornecê-las facilmente. Atente-se para o fato das diferenças entre os dois ordenamentos jurídicos, especialmente quanto à inexistência de uma cláusula geral de responsabilidade aquiliana no Direito alemão, o que explica as diversas formulações para a ampliação da responsabilidade contratual.

Por fim, para analisar a existência e as balizas de um dever de se informar, recorre-se à figura do *duty to mitigate the loss* e às possíveis similitudes com nosso objeto de estudo. Trata-se de dever, inicialmente estabelecido no Direito norte-americano, no âmbito da responsabilidade contratual, mas que parte da doutrina reconhece ser extensível ao âmbito extracontratual. Faz-se mister destacar que o dever de mitigar danos, no contexto romano-germânico, ora não é reconhecido (França), ora compõe a concorrência de culpas

(Alemanha, pelo § 254 do BGB), e ainda veio a ser reconhecido expressamente (Itália, pelo art. 1.227 do *Codice Civile*).

Contudo, também admite fórmula que o extrai da boa-fé objetiva, de modo que, para buscar seu fundamento no Direito brasileiro, imprescindível apontar as diferenças entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, bem como a impropriedade de adoção da responsabilidade pela confiança, ao menos nos moldes definidos por Canaris, no Brasil. À semelhança da França, ostentamos uma cláusula geral de responsabilidade, inexistente na Alemanha ou em Portugal, porém, diversamente do ordenamento jurídico francês, a boa-fé objetiva ganhou aplicabilidade e repercussão no nosso sistema jurídico. Por melhor se amoldar às características da responsabilidade extracontratual, os deveres pré-contratuais, inclusive os informacionais, não devem ser incluídos no âmbito da responsabilidade contratual ou de uma nova modalidade pela confiança.

Embora o dever de mitigar danos originalmente esteja associado à contenção de prejuízos, após o inadimplemento, tal aspecto não pode ser tido como óbice para a análise de características semelhantes e raiz comum do dever de se informar, predominantemente presente na fase pré-contratual. Ambos se assentam, de modo remoto, na responsabilidade derivada da autonomia privada e na autorresponsabilidade, ao passo que decorrem diretamente da boa-fé objetiva. Afasta-se a solução que se fundamenta no art. 403 do Código Civil, que tampouco serviu a tal finalidade na França, ou aquela pautada na culpa concorrente ou exclusiva da vítima, consoante o § 254 do BGB.

O dever de se informar deriva, em síntese, de um dever de colaboração da parte que detém os meios técnicos e financeiros para tanto, não sendo razoável exigir da contraparte, mesmo possuidora de tais elementos, que forneça tais informações. Essa conduta proativa restaria caracterizada pelo reconhecimento *in concreto* de que certa informação relevante e necessária à tomada de decisão, portanto capaz de promover um consentimento real e efetivo, deve ser investigada por aquele que dela se beneficia. À semelhança do *duty to mitigate the loss*, em caso de descumprimento, não cabe uma pretensão de execução específica, mas se torna impossível exigir indenização ou qualquer reparação daquele que se eximiu do dever de informar, porquanto tal esclarecimento seria razoavelmente obtido pelo interessado, valendo-se da diligência do homem médio, conforme parâmetros de razoabilidade.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011.
- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. De acordo com o Novo Código Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALPA, Guido. *I principi generali*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil brasileiro: introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. E agora? Pesquisa do futuro próximo. In: ASCENSÃO, José de Oliveira; CORDEIRO, Pedro; LEWINSKY, Silke von; LIEDES, Jukka; MOTA, José Luis Lopes da; VIDE, Carlos Rogel; VITORINO, António de Macedo. *Sociedade da informação: estudos jurídicos*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 9-30.
- ASCENSÃO, José de Oliveira; CORDEIRO, Pedro; LEWINSKY, Silke von; LIEDES, Jukka; MOTA, José Luis Lopes da; VIDE, Carlos Rogel; VITORINO, António de Macedo. *Sociedade da informação: estudos jurídicos*. Coimbra: Almedina, 1999.
- ASPRAY, William. The scientific conceptualization of information: a survey. *Annals of the History of Computing*, IEEE, v. 7, n. 2, p. 117-140, 1985.
- BACHMANN, Gregor. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Band 2. Allgemeiner Teil. 8. Auflage. München: C. H. Beck, 2019. Online version.
- BAG, Sugata. *Economic analysis of contractual law: incomplete contracts and asymmetric information*. Cham: Palgrave Macmillan, 2018.
- BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015.
- BARLOW, John Perry. The next economy of ideas. *Wired*. 10 jan. 2000. Disponível em: <https://www.wired.com/2000/10/download/>. Acesso em: 2 maio 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007. Versão online.

BELL, Daniel. *O advento da sociedade pós-industrial: uma tentativa de previsão social*. Tradução Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, 1977.

BENATTI, Francesco. *A responsabilidade pré-contratual (com a correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português)*. Tradução Adriano Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970.

BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BENRATH, Bastian. Wenn es denn wirkt. *Frankfurter Allgemeiner*. 7 maio 2020. Disponível em: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/digitec/kommentar-zum-facebook-aufsichtsgremium-wenn-es-denn-wirkt-16758656.html>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BEN-SHAHAR, Omri; SCHNEIDER, Carl E. *More than you wanted to know: the failure of mandated disclosure*. Princeton: Princeton University Press, 2014.

BERGSTEIN, Gilberto. *A informação na relação médico-paciente*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERNSTEIN, Peter L. *Desafio aos deuses: a fascinante história do risco*. Tradução Ivo Korytowski. 37. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL “fecha fronteiras aéreas” para seis países da África por variante omicron. *Estado de Minas*. 26 nov. 2021. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2021/11/26/interna\\_internacional,1326365/brasil-fecha-fronteiras-aereas-para-seis-paises-da-africa-por-variante-om.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2021/11/26/interna_internacional,1326365/brasil-fecha-fronteiras-aereas-para-seis-paises-da-africa-por-variante-om.shtml). Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de combate às fake news deve ser analisado na terça-feira*. 27 maio 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2020/05/projeto-de-combate-as-fake-news-deve-ser-analisado-na-terca-feira>. Acesso em: 28 maio 2020.

BREIDENBACH, Stephan. *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*. München: Beck, 1989.

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*. 38. Auflage. München: C. H. Beck, 2014.

BUGNET, M. *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle*. 3. ed. Paris: Marchal e Billard, 1890. t. 2.

BURCH, Sally. Société de la information / société de la connaissance. In: AMBROSI, Alain; PEUGEOT, Valérie; PIMIANTA, Daniel. *Enjeux de mots: regards multiculturels sur les sociétés de l'information*. Caen: C & F Éditions, 2005. p. 49-71.

BUSCH, Christoph. *Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht. Parallelen in UWG und BGB*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

BUSVINE, Douglas. Germany launches smartwatch app to monitor coronavirus spread. *Reuters*. 7 abr. 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-germany-tech/germany-launches-smartwatch-app-to-monitor-coronavirus-spread-idUSKBN21P1SS>. Acesso em: 13 abr. 2020.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*. 2ª u. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*. München: C. H. Beck'sche, 1971.

CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 27, p. 108-124, 2004.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2015.

CARVALHO, Beatriz Veiga. *O “dever de mitigar danos” na responsabilidade contratual: a perspectiva do direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. *Der Aufstieg der Netzwerk-Gesellschaft. Die Informationszeitalter. Wirtschaft. Gesellschaft. Kultur. Band 1*. 2. Auflage. Wiesbaden: Springer, 2017.

CASTRO, Leandro Nunes de; FERRARI, Daniel Gomes. *Introdução à mineração de dados: conceitos básicos, algoritmos e aplicações*. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*.

CATTANEO, Giovanni. Concorso di colpa del danneggiato. In: VISINTINI, Giovanna (org.). *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*. Milano: Giuffrè, 1984. p. 39-51.

CELLAN-JONES, Rory. Fake news worries “are growing” suggests BBC poll. *BBC News*. 22 set. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-41319683>. Acesso em: 26 maio 2020.

COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics* [s. l.], The University of Chicago Press, v. 3, p. 1-44 (Oct., 1960).

COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? *Revista de Direito Mercantil*, n. 18, p. 53-65, 1975.

CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1987.

CORONA-KRISE: Youtube reduziert Bildqualität. *Zdf*. 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www.zdf.de/nachrichten/digitales/coronavirus-youtube-bildqualitaet-100.html>. Acesso em: 13 abr. 2020.

CORONAVÍRUS: EUA são acusados de “pirataria” e “desvio” de equipamentos que iriam para Alemanha, França e Brasil. *BBC Brasil*. 4 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52166245>. Acesso em: 7 abr. 2020.

CORONAVIRUS: l'Île-de-France accuse à son tour les Etats-Unis d'intercepter des masques. *Le Parisien*. 2 abr. 2020. Disponível em: <http://www.leparisien.fr/economie/coronavirus-l-ile-de-france-accuse-a-son-tour-les-etats-unis-d-intercepter-des-masques-02-04-2020-8293155.php>. Acesso em: 7 abr. 2020.

CORONAVÍRUS: metade da humanidade está sob algum tipo de quarentena. *Veja*. 3 abr. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/coronavirus-metade-da-humanidade-esta-sob-algum-tipo-de-quarentena/>. Acesso em: 8 abr. 2020.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. 2. ed. 11. reimpr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

CUPIS, Adriano de. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. Traduzido por Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975.

DASGUPTA, Neha; BURGER, Ludwig Burger. Europe “panicking” over India’s pharmaceutical export curbs: industry group. *Reuters*, New Delhi/Frankfurt. 4 mar. 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-india-drugs/europe-panicking-over-indias-pharmaceutical-export-curbs-industry-group-idUSKBN20R1MD>. Acesso em: 6 maio 2020.

DAVENPORT, Thomas; PRUSAK, Lawrence. Working knowledge: how organizations manage what they know. *Ubiquity*, New York, Article n. 6, August 2000. Versão online. doi:10.1145/347634.348775. Disponível em: <https://dl.acm.org/doi/10.1145/347634.348775>. Acesso em: 13 maio 2020.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general: effets des obligations*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1931. t. VI.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general: sources des obligations*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1924. t. IV.

DEPERON, Mariana Pazianotto. *Responsabilidade civil pela ruptura ilegítima das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2009.

DERNAUER, Marc; BAUM, Harald; BÄLZ, Moritz (Hrsg.). *Informations duties: Japanese and German private law*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2018.

DEUTSCHLAND kontrolliert jetzt an mehreren Grenzen. *Die Welt*. 15 mar. 2020. Disponível em: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article206570369/Coronavirus-Deutschland-kontrolliert-jetzt-mehrere-Grenzen.html>. Acesso em: 6 abr. 2020.

DIAS, Daniel. *Mitigação de danos na responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DO SPUTNIK à Apolo: a corrida espacial. *BBC Brasil*. [s. d.]. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/luca01.htm>. Acesso em: 16 ago. 2021.

DÖLLE, Hans. Aussergesetzliche Schuldpflichten. *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft/Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Bd. 103, H. 1, p. 67-102 (1963).

DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*. *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*, ano 2, n. 6, p. 17-42, abr./jun. 2010.

DOUCET, Michel; FLECK, Klaus E. W. *Dictionnaire juridique et économique*. 6. ed. Manz: C. H. Beck, 2009. v. 1.

DRACKERT, Stefan. *Die Risiken der Verarbeitung personenbezogener Daten – Eine Untersuchung zu den Grundlagen des Datenschutzrechts*. Band S 149. Ettenheim: Stückle Druck und Verlag, 2014.

EMMERICH, Volker. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Schuldrecht Allgemeiner Teil II. Band 3. 8. Auflage. München: C. H. Beck, 2019. Online version.

EU schließt Außengrenzen ab Dienstagmittag. *Der Spiegel*. 16 mar. 2020. Disponível em: <https://www.spiegel.de/politik/auslandcoronakrise-eu-schliesst-aussengrenzen-ab-dienstagmittag-a-831a6255-436d-46d2-8ccd-1e4564225e3e>. Acesso em: 6 abr. 2020.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: RT, 2002.

FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats: essai d'une théorie*. Paris: LGDJ, 2014.

FAGGELLA, Gabriele. *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*. 2. ed. Roma: Società Cartiere Centrali, 1918.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 91-93.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Raif Daher Hardman; RIZZARDO FILHO, Arnaldo. Função, elementos e vícios da circular de oferta de franquia: uma análise crítica do art. 2º, § 2º, da Lei n. 13.966/19. *Revista dos Tribunais*, v. 1.026, p. 197-209, abr. 2021.

FLEISCHER, Holger. *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht: eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten*. München: Beck, 2001.

FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Informar ou não informar nos contratos, eis a questão! *In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 231-253.

FRANCE. Cour de Cassation. *Rapport annuel 2010*. Disponível em: [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2010\\_3866/etude\\_droit\\_3872/e\\_droit\\_3873/obligation\\_information\\_3874/obligation\\_information\\_contrat\\_19399.html#1.1.1.1.3.2.1](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/etude_droit_3872/e_droit_3873/obligation_information_3874/obligation_information_contrat_19399.html#1.1.1.1.3.2.1). Acesso em: 16 ago. 2019.

FRANCO, Luiz Henrique Sapia. *Dever do credor de mitigar as perdas*. Belo Horizonte: D'Plácido, [s. d.].

FRANCO, Luiz Henrique Sapia. Notas sobre a responsabilidade civil na atualidade e a sua função punitiva. *Revista dos Tribunais*, v. 951, p. 105-138, jan. 2015.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. *Revista dos Tribunais*, v. 883, p. 9-56, maio 2009.

FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. *Civilistica.com*, v. 1, n. 2, 2012. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/41/27>. Acesso em: 25 nov. 2021.

FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual na ruptura das negociações*. 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2009.

FUEST, Benedikt. So erkennt die Corona-App, ob Sie Kontakt zu einem Infizierten hatten. *Die Welt*. 1 abr. 2020. Disponível em: <https://www.welt.de/wirtschaft/article206939411/Coronavirus-Diese-App-soll-jetzt-das-Virus-killen.html>. Acesso em: 8 abr. 2020.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteadó. *Punitive damages* no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 964, p. 191-214, fev. 2016.

GIDDENS, Anthony. *Runaway world: how globalisation is reshaping our lives*. New York: Routledge, 2000.

GILSON, Ronald; SABEL, Charles; SCOTT, Robert. Text and context: contract interpretation as contract design. *Cornell Law Review*, v. 100, p. 23-97, 2014.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizador Edvaldo Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GRIGOLEIT, Hans Christoph. Vorvertragliche Informationshaftung – Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken. *Münchener Universitätschriften*. Band 128. München: C. H. Beck, 1997.

HACKER, Philipp. *Verhaltensökonomik und Normativität*. Die Grenzen des Informationsmodells im Privatrecht und seine Alternativen. Studien zum Privatrecht 67. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

HALÉVY, Marc. *A era do conhecimento: princípios e reflexões sobre a revolução noética no século XXI*. Tradução Roberto Leal. São Paulo: Editora Unesp, 2010.

HARARI, Yuval Noah. A historian looks ahead at a transformed post-pandemic world. [Entrevista]. *NPR*. 5 abr. 2020. Disponível em: <https://www.npr.org/2020/04/05/827582502/a-historian-looks-ahead-at-a-transformed-post-pandemic-world>. Acesso em: 8 abr. 2020.

HARARI, Yuval Noah. Yuval Noah Harari: the world after coronavirus. *Financial Times*. 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>. Acesso em: 7 maio 2020.

HARTMANN, Stephan. *Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung – Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht*. Freiburg, Schweiz: Univ.,-Verl., 2001.

HAYEK, Friedrich A. *Individualism and economic order*. [S. l.]. The University of Chicago Press, 1948.

HENSSLER, Martin. Haftung des Verkäufers wegen Informationspflichtverletzung beim Unternehmenskauf. In: GRUNDMANN, Stefan (ed.); HAAR, Brigitte (ed.); MERKT, Hanno (ed.) et al. *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010*. Unternehmen, Markt und Verantwortung. Berlin, Boston: De Gruyter, 2010. p. 113-140.

HERZFELDER, François. L'obligation de renseigner et de rendre des comptes: étude comparative. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 24, n. 3, Juillet-Septembre 1972.

HERZOG, Benjamin. *Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien*. Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus genetischer, funktionaler und postmoderner Perspektive. Zugleich ein Plädoyer für mehr Savigny und weniger Jhering. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

HIECKE, Oliver. *Vorvertragliche Aufklärungspflichten des Verkäufers bei Unternehmenskauf*. München: Herbert Utz Verlag, 2018.

HILDEBRANDT, Heinz. Erklärungs haftung: ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechts [Review]. *Archiv für die civilistische Praxis*, 136. Bd., H., p. 236-239 (1932).

HOOK, Leslie; KUCHLER, Hannah. How coronavirus broke America's healthcare system. *Financial Times*, London/New York. 30 abr. 2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/3bbb4f7c-890e-11ea-a01c-a28a3e3fbd33>. Acesso em: 7 maio 2020.

HUYGHE, François-Bernard. *La désinformation: les armes du faux*. Paris: Armand Colin, 2016.

IRETON, Cherilyn; POSETTI, Julie. *Jornalismo, fake news & desinformação: manual para educação e treinamento em jornalismo*. Brasília: Unesco Office Brasília, 2019. *E-book*.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

ITU – INTERNATIONAL COMMUNICATION UNION. Document WSIS-03/GENEVA/DOC/4-E, 12/12/2003. Disponível em: <http://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/oficial/dop.html>. Acesso em: 13 maio 2020.

JHERING, Rudolf. *Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução e nota introdutória Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. (Parecer) Renúncia a direitos contratuais. Dolo e descumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva por parte do beneficiário da renúncia. Não-verificação da pressuposição e desaparecimento da base do negócio jurídico. Anulabilidade da renúncia e restituição do enriquecimento sem causa. *In: Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 87-106.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução

parcial do contrato. Função social do contrato. In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 354-356.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 33, p. 123-129, jan./mar. 2000.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 90, p. 121-132 (jan. 1995). Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67292>. Acesso em: 22 mar. 2021.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 173-183.

KELLEHER, John D.; TIERNEY, Brendan. *Data science*. Cambridge: MIT Press, 2018.

KENFACK, Hugues. La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat?. In: BÉNABOU, Valérie; CHAGNY, Muriel (org.). *La confiance en droit privé des contrats*. Paris: Dalloz, 2008. p. 117-129.

KOSCHE, Kevin. *Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law*. Eine rechtsvergleichende, rechtshistorische und rechtsökonomische Analyse. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

KRAMER, Ernst A. *Juristische Methodenlehre*. 6. Auflage. Bern: Stämpfli Verlag, 2019.

KRUGER, Wolfgang. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Band 2. Allgemeiner Teil. 8. Auflage. München: C. H. Beck, 2019. Online version.

LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*. Coimbra: Almedina, 2018.

LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichenrechts*. [Atualizado por Manfred Wolf]. 9ª Auflage. München: C. H. Beck, 2004.

LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Erster Band. Allgemeiner Teil. 14. Auflage. München: Beck, 1987.

LE PETIT Larousse illustré. Paris: Librairie Larousse, 1999.

LIPOVETSKY, Gilles. *Da leveza: rumo a uma civilização sem peso*. Tradução Idalina Lopes. Barueri: Manole, 2016.

LITVINOFF, Saúl. Damages, mitigation, and good faith. *Tulane Law Review*, v. 73, n. 4, p. 1161-1196, March 1999.

LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*. 17. Auflage. München: C. H. Beck, 2019.

LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, p. 1223-1234, jan./dez. 2010.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*: aulas publicadas por Javier Torres Bafarrate. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. 2. reimpr. Petrópolis: Vozes, 2011 (Col. Sociologia).

LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. Translated by Rhodes Barrett. New Brunswick, USA: Transaction Publishers, 2006 [Translated of: *Soziologie des Risikos*].

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. v. I.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contrato previdenciário como contrato relacional. *Revista do Direito do Consumidor*, v. 22, p. 105-116, abr./jun. 1997.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Interpretação da boa-fé nos contratos brasileiros: os princípios jurídicos em uma abordagem relacional (contra a euforia principiológica). In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catariana Helena Cortada (org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 307-335.

MACKAAY, Ejan. *Law and economics for civil law systems*. Cheltenham: Elgar, 2013.

MAGENTA, Matheus. Coronavírus: governo brasileiro vai monitorar celulares para conter pandemia. *BBC News Brasil*. 3 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52154128>. Acesso em: 8 abr. 2020.

MALCHER, Ingo. Am Tropf. *Die Zeit*, n. 15/2020, 2 abr. 2020. Disponível em: <https://www.zeit.de/2020/15/medikamente-arzneimittelhersteller-importe-china-indien-covid-19>. Acesso em: 7 abr. 2020.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações mercantis*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

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

MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo civil no direito brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e comissão, dolo acidental e dever de indenizar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 923, p. 115-143, set. 2012.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*. 4. reimpr. Coimbra: Almedina, 2011.

MILANIN, Georg. *Die informationelle Fahrlässigkeitshaftung in England und in Deutschland*. Baden-Baden: Nomos, 2017.

MOHRENFELS, Peter Winkler von. *Abgeleitete Informationsleistungspflichten im deutschen Zivilrecht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1986.

MONTEIRO, António Pinto. *Erro e vinculação negocial (a propósito da aplicação do bem a fim diferente do declarado)*. Coimbra: Almedina, 2010.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA DA SILVA, Eva Sónia. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2006.

MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos de transporte: novos paradigmas do caso fortuito e da força maior*. São Paulo: Thompson Reuters: Revista dos Tribunais, 2021.

MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro: análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 292-307.

MORSELLO, Marco Fábio. Da boa-fé nas fases pré e pós-contratuais no direito brasileiro. In: PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (coord.). *Direito dos contratos II*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 295-310.

NAVAS, Maria Helena. Coronavírus: como o mundo desperdiçou a chance de produzir vacina para conter a pandemia. *BBC News*. 10 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52238530>. Acesso em: 7 maio 2020.

NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 221-253.

NEHER, Clarissa. Crise do coronavírus expõe vulnerabilidade da globalização, diz economista. *DW*. 23 abr. 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/crise-do-coronav%C3%ADrus-exp%C3%B5e-vulnerabilidade-da-globaliza%C3%A7%C3%A3o-diz-economista/a-53211546>. Acesso em: 5 maio 2020.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos mercantis*. 2. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

NEWSBLOG zu Covid-19. *Der Deutschlandfunk – Die Nachrichten*. 6 abr. 2020. Disponível em: [https://www.deutschlandfunk.de/newsblog-zu-covid-19-pflegekraefte-erhalten-1-500-euro.2852.de.html?dram:article\\_id=472514](https://www.deutschlandfunk.de/newsblog-zu-covid-19-pflegekraefte-erhalten-1-500-euro.2852.de.html?dram:article_id=472514). Acesso em: 6 abr. 2020.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Interconnected economies: benefiting from global value chains*. London: OECD, 2013.

OMC perde poder de decidir disputas comerciais. *Isto É Dinheiro*. 11 dez. 2019. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/omc-perde-poder-de-decidir-disputas-comerciais/>. Acesso em: 7 maio 2020.

PALANDT, Otto (Bearbeiter). *Bürgerliches Gesetzbuch*. 73. Neubearbeitete Auflage. München: C. H. Beck, 2014.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos*. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil*. Teoria geral do direito civil. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. I.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

POHLMANN, André. *Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten – Ein Beitrag zur culpa in contrahendo und zur positiven Forderungsverletzung unter Berücksichtigung der Schuldrechtsreform*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. XXXVIII: Direito das Obrigações: negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios do objeto. Evicção. Redibição. Espécies de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3. ed. 2. reimpr. São Paulo: RT, 1984. t. XXVI: Direito das obrigações: consequências do inadimplemento. Exceções de contrato não adimplido, ou adimplido insatisfatoriamente, e de insegurança. Enriquecimento injustificado. Estipulação a favor de terceiro. Eficácia protectiva de terceiro. Mudanças de circunstâncias. Compromisso.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3. ed. 2. reimpr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. XXII: Direito das obrigações: obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações.

POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Les obligations*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2019.

PORTO, Antônio Maristello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2020.

POSNER, Eric A. *There are no penalty default rules in contract law*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 237, 2005.

PRATA, Ana. *Responsabilidade pré-contratual: uma perspectiva comparada dos direitos brasileiro e português*. Coimbra: Almedina, 2018.

PROTEÇÃO de dados e privacidade em linha. *Your Europe*. [s. d.]. Disponível em: [https://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/internet-telecoms/data-protection-online-privacy/index\\_pt.htm](https://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/internet-telecoms/data-protection-online-privacy/index_pt.htm). Acesso em: 20 ago. 2021.

REHM, Gebhard M. *Aufklärungspflichten im Vertragsrecht*. München: Verlag C. H. Beck, 2003.

RIESENHUBER, Karl; KLINCK, Fabian; KARAKOSTAS, Ioannis *et al.* *Information als Schutzinstrument*. Grundlagen und Grenzen. Baden-Baden: Nomos, 2013.

RIVIERA, Carolina. Dona do Google atinge valor de US\$1 trilhão e se junta a Apple e Microsoft. *Exame*. 16 jan. 2020. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/google-se-junta-a-apple-e-microsoft-e-atinge-valor-de-us-1-trilhao/>. Acesso em: 22 abr. 2020.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSA, Raúl Magallón. *Unfaking news: como combater a desinformação*. Porto: Media XXI: Formalpress, 2019. *E-book*.

ROSINI, Alessandro Marco; PALMISANO, Angelo. *Administração de sistemas de informação e a gestão do conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

ROWLEY, Jennifer. The wisdom hierarchy: representations of the DIKW hierarchy. *Journal of Information Science*, 33 (2), p. 163-180, 2007.

RÜTHERS, Bernd; FISCHER, Christian; BIRK, Axel. *Rechtstheorie*. 9. Auflage. München: Beck, 2016.

SALCEDO, Andrea; CHERELUS, Gina. Coronavirus travel restrictions, across the globe. *The New York Times*. 1 abr. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/article/coronavirus-travel-restrictions.html>. Acesso em: 6 abr. 2020.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.

SANTOS, Maria Tereza. Como as vacinas para a Covid-19 ficaram prontas tão rápido? *Veja*. 28 dez. 2020. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/como-as-vacinas-para-a-covid-19-ficaram-prontas- tao-rapido/>. Acesso em: 27 jan. 2021.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHMIDT, Jan Peter. Dez anos do art. 422 do Código Civil: luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé objetiva na práxis judicial brasileira. Traduzido por Bruno Carvalho Dantas. In: GOMES, Elena de Carvalho; MARX NETO, Edgard Audomar; FÉRES, Marcelo Andrade (org.). *Estudos de direito privado: liber amicorum* para João Baptista Villela. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 119-135.

SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. *Revista Trimestral do Direito Civil*, ano 10, v. 40, p. 139-150, out./dez. 2009.

SCHMOLKE, Klaus Ulrich. *Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht*. Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

SCHUBERT, Claudia. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Band 2. Allgemeiner Teil. 8. Auflage. München: C. H. Beck, 2019. Online version.

SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert. Contract interpretation redux. *Yale Law Journal*, v. 119, p. 926-964, 2010.

SCHWEIGER, Wolfgang. *Der (des)informierte Bürger im Netz – Wie soziale Medien die Meinungsbildung verändern*. Wiesbaden: Springer, 2017.

SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 856-859, 2006.

SHANNON, Claude Elwood. A mathematical theory of communication. *The Bell System Technical Journal*, v. 27, p. 379-423 e 623-656, July/October, 1948.

SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

SHERWOOD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. Tradução Heloísa de Arruda Villela. São Paulo: Edusp, 1992.

SILVA, Ivan de Oliveira. *Curso de direito do seguro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SIMMANK, Jakob; GRABAR, Edda; FISCHER, Linda. Wann kommt die Impfung? *Die Zeit*. 9 abr. 2020. Disponível em: <https://www.zeit.de/wissen/gesundheit/2020-04/sars-cov-2-impfstoff-forschung-beschleunigung-coronavirus>. Acesso em: 7 maio 2020.

SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989.

STAUDINGER; BALDUS, Christian. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Band Einl zum BGB; §§ 1–14; VerschG (no prelo).

STAUDINGER; OLZEN, Dirk; LOOSCHELDERS, Dirk. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen/ [Kommentatoren § 242 Dirk Olzen]*. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse §§ 242. Neubearbeitung. Berlin: Sellier de Gruyter, 2019. Online version.

STAUDINGER; OLZEN, Dirk; LOOSCHELDERS, Dirk; SCHIEMANN, Gottfried. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen/ [Kommentatoren § 241 Dirk Olzen.]*. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse § 241. Neubearbeitung. Berlin: Sellier de Gruyter, 2019. Online version.

STEINER, Renata C. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

SZTAJN, Rachel. Sociedades e contratos incompletos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 171-179, jan./dez. 2006.

TAUBERT, Claudius. *Informationspflichten als Geschäftsbersorgungspflichten – Unter besonderer Berücksichtigung der Anlageberatung und Anlagevermittlung*. Köln: RWS, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: [s. n.], 2006. v. 2. p. 241-273.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. New Haven & London: Yale University Press, 2008.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020. Versão online.

ULHOA COELHO, Fábio. *Curso de direito comercial: direito de empresa. Empresa e estabelecimento/Títulos de crédito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ULRICH, Bernd. Es führt kein Weg zurück. *Die Zeit*, n. 16/2020, 8 abr. 2020. Disponível em: <https://www.zeit.de/2020/16/ursula-von-der-leyen-corona-krise-globalisierung-europapolitik>. Acesso em: 8 abr. 2020.

UNESCO; BINDÉ, Jérôme. *Vers les sociétés du savoir: rapport mondial de l'Unesco*. Paris: Éditions Unesco, 2005. p. 27-29. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000141907>. Acesso em: 21 abr. 2020.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Economia do conhecimento*. Tradução Leonardo Castro. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

USA weisen Vorwurf der Konfiszierung von Schutzmasken Zurück. *Die Welt*. 6 abr. 2020. Disponível em: <https://www.welt.de/vermishtes/live206935325/Corona-live-Boris-Johnson-weiter-auf-Intensivstation-erhaelt-Sauerstoff.html#live-ticker-entry-35801>. Acesso em: 7 abr. 2020.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 13. reimpr. Coimbra: Almedina, 2016. v. I.

VEIGA, Edison. *Fake news* atrapalham médicos em meio à pandemia. *DW*. 26 maio 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/fake-news-atrapalham-m%C3%A9dicos-em-meio-%C3%A0-pandemia/a-53575486>. Acesso em: 28 maio 2020.

VERDU, Sergio. Fifty years of Shannon theory. *IEEE Transactions on Information Theory*, IEEE, v. 44, n. 6, p. 2057-2078, 1998.

VIEGAS, Carolina Castro Costa. *Dos limites do direito civil constitucional: uma análise a partir da cláusula geral da boa-fé objetiva*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

WAISBERG, Ivo. *Conceito e interpretação dos contratos mercantis*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc31.pdf?d=636808166395003082>. Acesso em: 24 maio 2019.

WAISBERG, Ivo. Conceito e interpretação dos contratos mercantis. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (org.). *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do direito civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2018. v. 2. p. 603-614.

WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. *Information disorder: toward an interdisciplinary framework for research and policy making*. Council of Europe Report DGI(2017)09. Strasbourg: Council of Europe, 2017. Disponível em: <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research/168076277c>. Acesso em: 26 maio 2020.

WEIS, Erich; MATTUTAT, Heinrich. *Dicionário Pons – Französisch-Deutsch Teil 1*. [Neubearb. Christian Nugue]. 2. Auflage. Darmstadt: May & Co. Nachf, 1989.

WHO – WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Coronavirus disease 2019 (COVID-19): Situation Report – 76*. 5 abr. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/docs/default->

source/coronaviruse/situation-reports/20200405-sitrep-76-covid-19.pdf?sfvrsn=6ecf0977\_4. Acesso em: 6 abr. 2020.

WIE sich das Coronavirus verbreitet hat. *ZDF Online*. 28 jan. 2020. Disponível em: <https://www.zdf.de/nachrichten/panorama/coronavirus-lungenkrankheit-chronologie-100.html>. Acesso em: 8 abr. 2020.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Traducción de Jose Luis Carro. Madrid: Civitas, 1977.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução A. M. Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004; 5. ed. 2015.

WIEACKER, Franz. *Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1956.

WIPO – Administered Treaties. Disponível em: [https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&search\\_what=B&bo\\_id=17](https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&search_what=B&bo_id=17). Acesso em: 19 nov. 2021.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A incompatibilidade do caráter punitivo da indenização do dano moral com o direito positivo brasileiro (à luz do art. 5º, XXXIX, da CF/1988 e do art. 944, *caput*, do CC/2002). *Revista de Direito Privado*, v. 35, p. 77-96, jul./set. 2008.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. A mitigação do dano e alocação da responsabilidade. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 35, p. 28-36, jul./set. 2012.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. Os três tempos do Código Civil de 1916: a boa-fé contratual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 112, p. 583-601, jan./dez. 2017.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

ZIMMERMANN, Reinhard. O Código Civil alemão e o desenvolvimento do direito privado na Alemanha. Tradução, revisão e notas Arthur Maximus Monteiro, João Carlos Mettlach, Otávio Luiz Rodrigues Júnior e Jan Peter Schmidt. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: RT, ano 4, v. 12, p. 317-357, jul./set. 2017.