

## *Deveres acessórios de informação. Em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador*

DR. MIGUEL BRITO BASTOS

SUMÁRIO: § 1.º – *Introdução e delimitação do objeto: 1.1. Enunciação e delimitação do problema; 1.2. A trilateralidade da situação fidejussória; 1.3. A acessoriedade da fiança e a típica carência informativa do fiador; 1.4. Deveres de informação em sentido estrito e deveres de esclarecimento.* § 2.º – *O fundamento dos deveres de informação: 2.1. A boa fé como «critério de fachada» na cominação de deveres acessórios de informação; 2.2. A tutela da confiança como fundamento de deveres de informação; 2.3. A «materialização» do direito do negócio jurídico, as suas consequências na dogmática dos deveres de informação e a sua incorreção; 2.4. O princípio da autodeterminação como fundamento de deveres de informação; 2.5. A pluralidade de princípios fundadores da cominação de deveres acessórios de informação.* § 3.º – *Elementos de um sistema móvel para a cominação de deveres acessórios de informação: 3.1. A mobilidade dos elementos determinantes da cominação de deveres de informação independentes da confiança: 3.1.1. A carência informativa do potencial beneficiário da informação; 3.1.2. A disponibilidade da informação pelo potencial devedor de informação; 3.1.3. A ponderação entre autodeterminação e liberdade geral de ação.* § 4.º – *Os deveres de informação do credor fidejussório perante o fiador: 4.1. Problemas característicos da fiança e formulação de critérios ad hoc para a cominação de deveres de informação ao credor fidejussório; 4.2. O caráter unilateralmente vinculante da fiança; as relações obrigacionais sem dever primário de prestação e a «ligação especial» entre credor fidejussório e fiador; 4.3. A fiança como «negócio de risco» e o paralelismo entre distribuição contratual de riscos e responsabilidade pela obtenção de informação; 4.4. A triangularidade da situação fidejussória e a subsidiariedade da prestação de informação pelo credor fidejussório face à prestação de informação pelo devedor originário; 4.5. A ponderação entre a promoção da autodeterminação do fiador e a proteção da liberdade do credor fidejussório na cominação de deveres de informação; 4.6. A prestação de fiança para garantia de créditos de instituições de crédito e a influência do sigilo bancário na cominação de deveres de informação; 4.7. A apreciação da culpa na violação de deveres de informação do credor fidejussório: a existência de sanções independentes da culpa do credor fidejussório e relevância das características do credor fidejussório na concretização da bitola do «bom pai de família».*

## § 1.º Introdução e delimitação do objeto

### 1.1. Enunciação e delimitação do problema

O presente texto incide primariamente sobre um problema circunscrito: procura-se analisar em que circunstâncias o credor fidejussório se encontra vinculado a prestar informações ao fiador, identificando os critérios que possibilitam aferir, perante cada situação concreta, as informações cuja transmissão ao fiador é imposta ao credor. Interessam, aqui, mais especificamente, as situações em que esse dever não decorre da estipulação entre as partes, nem de lei estrita que comine esse dever<sup>1</sup>. O tema insere-se, portanto, nos âmbitos sucessivamente mais amplos dos deveres acessórios de informação e dos deveres acessórios *ex bona fide*. Esta inserção dogmática do problema tem implicações na abordagem que deve ser seguida: apenas tendo por base conceções gerais sobre os deveres acessórios de conduta, e sendo-lhes fiel, é possível obter modelos de decisão dogmaticamente sólidos para o problema da adstrição do credor fidejussório a deveres de informação para com o fiador. Não obstante, nem sempre tem sido esse o caminho seguido pela doutrina, onde predominam modelos argumentativos centrados nas especificidades dos contratos de fiança que prescindem do recurso à dogmatica geral dos deveres acessórios<sup>2</sup>. Este enquadramento do tema mostra a impossibi-

<sup>1</sup> O objeto deste estudo não compreende, portanto, a totalidade das situações em que ao credor fidejussório são cominados deveres de informação em benefício do fiador. Como exposto em texto, excluídos ficam os deveres de informação que estejam contratualmente definidos, bem como aqueles que decorram da aplicação, direta ou analógica, de regras legais que exijam ao credor fidejussório a prestação de informação. O Código Civil não estabelece, na secção relativa à fiança, quaisquer deveres desta classe. Nem a cominação de deveres de informação ao credor fidejussório é comum em legislação especial. Contudo, existe uma miríade de normas legais que cominam aos credores deveres de informação em benefício dos respetivos devedores que incidem sobre circunstâncias atinentes à relação que entre ambos se estabelece. Caso a caso, perante cada norma em concreto, haverá que questionar se as razões que justificam a cominação desse dever perante o devedor principal não justificariam o reconhecimento da mesma pretensão informativa a um eventual garante, e em concreto a um fiador, dado que também este pode ser chamado a cumprir a obrigação (sobre as semelhanças entre a posição do fiador e do devedor principal, cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida/Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, 116 ss.). A fragmentariedade e a dispersão destas regras impedem, como é evidente, que essa análise pudesse ser feita nestas páginas.

<sup>2</sup> Esta tendência – a qual resulta naquilo a que STEPHAN DREISMANN, *Bürgerschutz durch Gläubigerdiligenz?/Zu den Nebenpflichten des Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem Bürgen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, 111, criticamente designa como «meras considerações de equidade» – pode ser observada em obras como as de WOLFGANG BURGHARDT, *Aufklärungspflichten des Bürgschaftsgläubigers*, Peter Lang, Frankfurt-am-Main, 1985, NICOLAS W. FONTAINE, *Dilignzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen*, diss., Hamburg, 1985, MATTHIAS PFEIFFER, *Nebenpflichten des Bürgschaftsgläubigers gegen dem Bürgen*, diss., Giessen, 1991, CLAUDIA FICHTENBAUER, *Bürgschaftsrech*,

lidade da formulação de modelos de decisão relativos ao problema dos deveres de informação do credor fidejussório perante o fiador sem que antes se tenham procurado identificar as diretrizes genéricas que pautam a cominação de deveres acessórios de informação em geral. Este texto assenta, portanto, num esboço de dogmática geral sobre a cominação de deveres acessórios de informação, apenas, num segundo momento, se procurando aplicar as premissas básicas formuladas com generalidade para os deveres acessórios de informação ao caso especial – que, como se verá, apresenta especificidades – dos deveres acessórios de informação do credor fidejussório perante o fiador. Desta forma, ponto prévio ao problema da adstrição do credor a prestar informação ao fiador é designadamente essencial a prévia identificação do «fundamento material» dos deveres de informação, *i.e.*, das razões juridicamente relevantes que sustentam a adstrição de sujeitos a comunicar determinados factos a outrem. Neste ponto, o problema entronca em algumas discussões de fundo que têm ocupado a doutrina jus-civilista nas últimas décadas: a aptidão do princípio da tutela da confiança para a justificação da constituição de deveres, a tutela das «partes mais fracas» pelo direito do negócio jurídico, ou, mais genericamente, a chamada «materialização» do direito privado. Importa, ademais, analisar, tendo em conta esse fundamento, quais os fatores que devem ser considerados ao decidir sobre o problema da adstrição do credor fidejussório a deveres de informação. Apenas após a análises destes aspetos é possível analisar se, e em que medida, as características específicas da fiança (designadamente o caráter unilateral da relação entre credor fidejussório e fiador, a qualificação da fiança como «negócio de risco» ou a estrutura triangular que normalmente caracteriza a situação fidejussória) implicam adaptações na dogmática geral dos deveres de informação<sup>3</sup>, dado que diferentes conclusões a montante resultarão, em coerência, em diferentes critérios para, a jusante, se aferir a adstrição do credor fidejussório à prestação de informações ao fiador.

*Auskunftspflicht als Nebenpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen/Eine empirische Untersuchung der Praxis, diss.*, Giessen, 1995, ANKE HOLZNAGEL, *Bürgenschutz mit System. Eine juristische Untersuchung der Schutzinstrumente im Bürgschaftsrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001, 136-146 ou HOLGER SCHRÖDER, *Die Lücken des deutschen Rechts im Bürgenschutz*, Nomos, Baden-Baden, 2008, 126-145.

<sup>3</sup> É essa a abordagem que se pode encontrar em obras como STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsabschluss*, C.H. Beck, München, 1996, 78-83 ss., HOLGER FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, C.H. Beck, München, 2001, 461-468 ss. e, ainda que muito sucintamente, ROLAND SCHWARZE, *Vorvertragliche Verständigungspflichten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, 92, 116 e 265-267 ss. Aqui, a questão da sujeição do credor fidejussório a deveres de informação em benefício do fiador surge como *caso difícil*, em que as teorias formuladas para os deveres de informação em geral são testadas. Ainda que as perspectivas de fundo adotadas nestas obras sejam radicalmente distintas entre si, em todas elas o problema aqui tratado merece especiais ponderações na concretização das premissas de base.

Dentro dos deveres de informação *ex bona fide*, a atenção centrar-se-á naqueles que vinculam o credor durante a vigência do contrato de fiança, em especial durante a «fase de garantia» – ou seja, no período no qual, não estando ainda vinculado a uma obrigação perante o credor fidejussório, o fiador se encontra sujeito ao risco de, verificando-se um incumprimento na relação de base, ver constituída na sua esfera aquela obrigação –, sendo os deveres de informação relativos às fases pré- ou pós-negocial relegados para um plano marginal<sup>4</sup>. No entanto, sendo, hoje, pacífica a unidade de fundamento entre os deveres de informação cominados durante a vigência dos contratos e aqueles que lhe são anteriores ou posteriores<sup>5</sup>, bem como a existência de paralelismos argumentativos na justificação de todos estes, os modelos decisórios sustentados a propósito dos deveres acessórios de informação podem ser transpostos, com eventuais adaptações, para a dogmática dos deveres de informação *in contrahendo* e *post pactum finitum* do credor fidejussório<sup>6</sup>. Excluído do âmbito deste estudo ficam também os «deveres de verdade», ou seja, aqueles deveres (de omissão) que proibem os sujeitos de transmitirem informações falsas àqueles que com eles interajam. Apenas se visa, pois, com aqueles deveres que têm por objeto uma conduta ativa: a comunicação de factos ao respetivo beneficiário.

Como o texto demonstrará, a cominação de deveres de informação, e em especial a cominação destes deveres ao credor fidejussório, depende de ponderações entre vetores normativos de sentido contrário que apenas podem ser resolvidas perante cada situação concreta. A inelutável contextualidade dos juízos de ponderação – geradora de zonas *móveis* no sistema – impede que, sem generalizações que impliquem um imprudente risco de imprecisão, sejam apresentados modelos de resolução «binários» – *i.e.*, que qualifiquem a comunicação pelo credor

<sup>4</sup> Sobre as diferentes fases da relação fidejussória, cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., 394-399.

<sup>5</sup> Cfr., *inter alia*, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzung» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen*, cit., 475 ss., MARINA FROST, *«Vorvertragliche» und «vertragliche» Schutzpflichten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, 204 ss., ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., 586, *Da pós-eficácia das obrigações*, in DJ, 2, 1986, 106 ss., *Tratado de direito civil português*, II/I, cit., 297 ss. ou MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, Separata do volume XXXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, 92 ss. e *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003, 423.

<sup>6</sup> Os modelos de decisão propostos a propósito da «fase de garantia» da fiança são ainda suscetíveis de transposição para a resolução do problema análogo da cominação de deveres de informação do beneficiário de garantia autónoma face ao respetivo garante e, em geral, a todo o universo das garantias pessoais, com as necessárias adaptações. Também aqui, o estudo da fiança ultrapassa o seu estrito campo de aplicação, dada a sua transponibilidade para as restantes garantias pessoais (sobre este papel de referência da fiança no âmbito das garantias pessoais, cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., 63 ss.).

fidejussório de determinadas classes de factos ao fiador como imposta ou não imposta, de forma válida para todas as circunstâncias em que esses factos ocorram e independentemente das especificidades das mesmas. É, pois, impossível apresentar um catálogo fixo de factos que devam ser comunicados por qualquer credor fidejussório aos respetivos fiadores. Admitindo esta impossibilidade, o objetivo será então o de formular critérios aptos a presidir à identificação, em cada caso concreto, do correto resultado daquela ponderação, identificar a forma como estes se inter-relacionam e destrinçar os critérios determinantes da cominação de deveres de informação, de critérios que têm a relevam exclusivamente no momento da formulação de juízos de culpa na violação desses deveres, os quais são frequentemente com aqueles aglutinados.

### 1.2. *A trilateralidade da situação fidejussória*

Com a prestação de fiança, o fiador assume o risco da insatisfação de obrigações de terceiros perante o credor fidejussório. A situação fidejussória desenha-se, assim, entre três sujeitos: credor fidejussório, devedor originário e fiador. Esta interação trilateral nem sempre assume, porém, os mesmos moldes. Se o credor é necessariamente sujeito ativo, tanto do crédito perante o devedor, na relação de valuta, como do crédito de garantia, na relação de fiança em sentido estrito, as relações entre devedor e fiador são contingentes. Esta heterogeneidade das relações entre os sujeitos intervenientes na situação fidejussória exprime-se, desde logo, no momento da sua constituição. Na configuração mais frequente no tráfico, a fiança é prestada pelo fiador em execução de um contrato, ou de um acordo carecido de vinculatividade jurídica<sup>7</sup>, previamente celebrado com o devedor, mediante o qual

<sup>7</sup> A ressalva feita em texto prende-se com contingência da vinculatividade jurídica das promessas de prestar fiança. Para a constituição de uma obrigação é necessário que as declarações das partes sejam dirigidas a pôr em vigor efeitos jurídicos. A conceção do contrato (extensível a todo o negócio jurídico), como moldura jurídica destinada a proteger as promessas (assim, paradigmaticamente, CHARLES FRIED, *Contract as a Promise/A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, Cambridge, 1981, *passim*), que levaria a que o ato de prometer algo a outrem gerasse necessariamente uma obrigação com o mesmo conteúdo, é incoerente com uma conceção do negócio jurídico baseada na autodeterminação dos sujeitos. A aceitação de uma versão extrema da teoria do «contrato como promessa» implicaria, no limite, a produção de efeitos jurídicos em situações em que, nem o declarante pretendesse pôr em vigor esses efeitos, nem o declaratário (ou um «declaratário normal») entendesse o ato de fala do declarante como destinado à instituição de uma vinculação jurídica. As implicações deste entendimento são evidentes: o reconhecimento da aptidão de um ato de fala para a produção de efeitos jurídico-obrigacionais, acarreta a sujeição da adstrição em causa a todo um regime (que compreende, *v.g.*, pelas regras sobre a execução coativa da prestação e sobre a indemnização por incumprimento) que não tem paralelo relativamente às promessas exclusivamente relevantes perante outras ordens normativas. A atribuição de eficácia

este último se vincula, perante o primeiro, a garantir uma ou várias obrigações suas perante o credor<sup>8</sup>. Nesta configuração, a constituição da situação triangular

jurídico-obrigacional a todas as promessas seria paradoxalmente restritiva da liberdade negocial, designadamente na sua vertente de «liberdade face ao contrato» (*freedom from contract*) e privaria os sujeitos de outras espécies de interação socialmente valiosas (cfr. DORI KIMEL, *From Promise to Contract/Towards a Liberal Theory of Contract*, Hart Publishing, Oxford, 2003, 27 ss., que salienta a aptidão das promessas juridicamente não vinculantes para a promoção da proximidade nas relações interpessoais – embora a contraposição que, com base neste aspeto, faz entre as promessas juridicamente irrelevantes e as obrigações contratuais não seja linear, como nota HANNES UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, 96 ss.). Assim sendo, nem sempre que o fiador promete ao devedor principal prestar fiança para garantia de uma obrigação por si assumida aquele está juridicamente obrigado a prestar essa fiança. A desrinça entre, por um lado, as situações em que a vinculação do promitente é juridicamente relevante, e assume os moldes de uma obrigação, e, por outro, aquelas situações em que essa promessa é juridicamente ineficaz, é uma questão de interpretação das declarações das partes a qual deve seguir os critérios gerais (os quais não se aplicam apenas para determinar o preciso significado de uma declaração juridicamente relevante, mas também para a própria determinação da relevância jurídica, como sustenta PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, 188 ss. e 748 ss.). Visando a interpretação das declarações negociais indagar os efeitos práticos que o declarante pretendeu instituir sob a égide do direito, será aqui determinante indagar se um «declaratário normal colocado na posição do real declaratário» (artigo 236.º, n.º 1) entenderia a declaração do promitente como um ato de fala como tendente à constituição de uma vinculação *da espécie* que possibilita, se incumprida, a sua exigibilidade judicial, ou a reclamação de uma indemnização pelo seu incumprimento, o que tendencialmente não se verificará nas promessas de prestação de fiança por amigos ou familiares do devedor principal. Tratando-se de uma promessa unilateral, na dúvida prevalecerá o entendimento de que a promessa de prestação de fiança não constitui uma obrigação jurídica (como decorre do artigo 237.º).

Saliente-se, contudo, que a não juridicidade da vinculação do sujeito que promete ao devedor principal a prestação de fiança não significa que a relação entre esses sujeitos se situe no demais fora do espaço regulado pelo direito: essa ausência de vinculatividade jurídica não exclui designadamente a possibilidade da cominação de deveres acessórios a qualquer uma das partes (cfr. especificamente, a propósito da adstrição das partes de uma relação de obsequidade (*Gefälligkeitsverhältnis*) a deveres acessórios de conduta, WOLFGANG FIKENTSCHER/ANDREAS HEINEMANN, *Schuldrecht*, cit., 21–23 e DIRK OLZEN, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, II, 12. Auflage, de Gruyter, Berlin, 2005, §241 n.º 396).

<sup>8</sup> A qualificação deste contrato celebrado entre devedor principal e fiador não influi nas discussões em que se pretende entrar adiante. Os argumentos disponíveis para a justificação das proposições sobre os deveres de informação cominados ao credor fidejussório são precisamente os mesmos, qualquer que seja a qualificação deste contrato defendida. Por as questões que se pretende tratar não dependerem da qualificação desse contrato, a tomada de posição é, para o efeito, desnecessária. Não obstante, a qualificação desse contrato como mandato (como propugnam, *inter alia*, KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, 13. Auflage, C.H. Beck, München, 1994, 630 ou JOSEF ESSER/HANS-LEO WEYERS, *Schuldrecht, II – Besonderer Teil*, I, 6. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 1984, 354) não pode ser aceite. Não por a prestação a cuja realização o (promitente-)fiador se vincula não ser um ato jurídico – o que não levanta quaisquer dúvidas –, mas por faltar o segundo dos requisitos de qualificação enunciados no artigo 1147.º: que

de fiança dá-se através da celebração cumulativa de três negócios diferentes: o negócio constitutivo da relação de valuta, o negócio celebrado entre devedor principal e fiador, e o contrato de fiança *proprio sensu* celebrado entre o fiador e o credor. Existe interação negocial entre todos os intervenientes. No caso de a promessa de fiança feita pelo fiador ao devedor principal ser desprovida de vinculatividade jurídica, essa constituição passa necessariamente pela celebração de dois negócios jurídicos e de um acordo vinculativo perante ordens normativas extra-jurídicas, havendo, contudo, entre esses sujeitos uma interação para-negocial. Este *iter* constitutivo da situação fidejussória, ainda que predominante no comércio jurídico, não corresponde, como é pacífico, ao cumprimento de qualquer condição de validade. Nada impede que a fiança seja constituída através de contrato trilateral celebrado simultaneamente entre credor, devedor e fiador. Também aqui, e como é evidente, existe necessariamente interação negocial entre as três partes da situação fidejussória. O mesmo já não sucederá nos contratos de fiança celebrados entre devedor principal e fiador a favor do credor (artigo 443.º), bem como no caso de prestação de fiança sem conhecimento ou contra a vontade do devedor (artigo 628.º, n.º 2, primeira parte). No primeiro destes casos, ainda que exista entre estes uma *vinculação jurídica*, inexistente, em rigor, interação (fáctica) negocialmente relevante entre fiador e credor fidejussório. No segundo, inexistente quer uma fática interação negocial relevante, quer qualquer tipo de vinculação jurídica entre devedor principal e fiador. Em ambos os casos, não é sequer necessário que o fiador tenha conhecimentos sobre, respetivamente, a pessoa do credor fidejussório e do devedor, para além dos estritamente necessários à identificação do beneficiário e dos créditos garantidos.

Ainda que estas configurações ocorram com menor frequência, e que o regime legal da fiança esteja modelado sobre o paradigma da primeira situação, esta pluralidade de possíveis estruturas negociais tendentes à constituição da fiança e de correspondentes diferentes modelos de interação entre os agentes da situação de fiança *lato sensu* tem implicações quanto à possibilidade da identificação de *ligações especiais* entre esses sujeitos<sup>9</sup>. A heterogeneidade das possíveis conformações das relações que constituem o «triângulo fidejussório» terá, por conseguinte,

o ato a praticar o seja *por conta de outrem* (neste sentido, embora de forma pouco clara na distinção entre atuação por conta e representação, cfr. PHILIPPE SIMLER/PHILIPPE DELEBECQUE, *Droit civil/Les sûretés/La publicité foncière*, 2.ª édition, Dalloz, Paris, 1995, 131 e, entre nós, com uma argumentação centrada na diferente causa deste contrato, face à típica causa gestória do contrato de mandato, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., 362 ss.). Na verdade, não se pode confundir os mecanismos que permitem ao fiador recuperar o valor pago em cumprimento da obrigação garantida (assumindo o risco da insuficiência do património do devedor principal para esse ressarcimento) com um mecanismo de transmissão dos efeitos de atos praticados *por conta de outrem* como aqueles estabelecidos nos artigos 1161.º, alínea e), primeira parte, e 1167.º, alínea c).

<sup>9</sup> Cfr. *infra*, §§ 4.2 e 4.4.

implicações no problema da existência e extensão dos deveres de informação do credor fidejussório. A formulação de modelos de decisão para o problema em análise não pode, conseqüentemente, ater-se à situação em que a fiança é prestada pelo fiador em cumprimento de um contrato com o devedor principal, a qual, não obstante, se deve ter como modelar.

### 1.3. *A acessoriedade da fiança e a típica carência informativa do fiador*

Com a eficácia do contrato de fiança é posta em vigor uma regulação jurídica que faz impender sobre o fiador o risco de se constituir na sua esfera a obrigação de realizar a prestação de garantia, nos moldes contratualmente estipulados. O perigo a que o fiador se encontra sujeito a cada momento da relação fidejussória não é apenas função da amplitude com que a cobertura de risco é traçada no conteúdo do próprio contrato de fiança (*v.g.*, da estipulação de tetos de garantia, da conformação da fiança como subsidiária ou não, ou dos casos de cessação da cobertura fidejussória estipulados) e dos factos que primariamente dizem respeito à própria relação entre credor e fiador<sup>10</sup>. A exposição do fiador é também depen-

<sup>10</sup> Utiliza-se, aqui, o conceito de «perigo» (*Gefahr*) em sentido próximo do proposto, a propósito do contrato de garantia autónoma, por JAN BOETIUS, *Der Garantievertrag, diss.*, München, 1986, 48, na esteira de GÜNTHER SCHMIDT, *Versuch einer Abgrenzung des Risikobegriffs in der Versicherungstechnik*, in *Beiträge zur Versicherungswirtschaft/Festgabe für Walter Rohrbeck zum 70. Geburtstag* (hrsg: Müller), Duncker & Humblot, Berlin, 1955, 415 ss., mas não o conceito de «risco» (*Risiko*) aí utilizado. No uso que se pretende fazer das palavras em causa, para se falar em «risco» é suficiente que ao fiador possa ser exigido o cumprimento de um crédito do credor fidejussório perante um terceiro, o que sucederá quando esse crédito se insira no âmbito de cobertura contratualmente estipulado. Subjacente a esta ideia está um juízo de *possibilidade*: o conceito de risco é binário (a ocorrência de um evento é possível ou impossível), sendo suficiente para a possibilidade de um evento a sua não-impossibilidade e a sua não-necessidade. Um juízo diferente deste é o da *probabilidade* dessa ocorrência e o do *quantum* que poderá, nesse caso, ser exigido ao fiador. Esta probabilidade pode ser maior ou menor, movendo-se entre os pólos da impossibilidade e da necessidade, tal como o resultado desvantajoso (no caso, a adstrição do fiador a realizar a prestação de garantia) pode assumir maior ou menor expressão. Por «perigo» refere-se aqui o produto resultante da articulação da probabilidade, maior ou menor, de ocorrência de um evento desvantajoso, e da maior ou menor expressão que esse evento desvantajoso possa ter na esfera do sujeito. Não se desconhece que ambos os termos são altamente polissémicos (como salienta MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros/Estudo de direito civil*, Coimbra, Coimbra, 2010, 69 ss., em especial, 70, n. 108), pelo que as definições aqui apresentadas são tendencialmente estipulativas e têm como único objeto clarificar o discurso contido no corpo do texto. Haveria uma vantagem em utilizar a palavra «risco» para referir também esta dimensão probabilística: a própria lei a usa, designadamente no artigo 648.º, alínea b), onde se refere ao *agravamento dos riscos da fiança*, com o que remete claramente para um juízo probabilístico. A escolha do uso em texto da palavra «perigo», para além de ter alguma tradição doutrinária, justifica-se pela conveniência em usar diferentes palavras para exprimir diferentes significantes: usar «risco» para designar tanto o juízo de possibilidade como o juízo de probabilidade propiciaria imprecisões do discurso.



dente do desenvolvimento da relação de base, entre credor fidejussório e devedor principal; desde logo, por causa da acessoriedade da posição jurídica do fiador face à obrigação garantida, a qual é requisito de qualificação da relação jurídica como relação fidejussória<sup>11</sup> Esta acessoriedade traduz-se numa dependência unilateral daquela posição face à segunda: dentro do âmbito de acessoriedade que resultar do contrato<sup>12</sup>, as vicissitudes da relação de base projetam-se na relação de fiança. Atendendo apenas ao âmbito legalmente típico da acessoriedade, a invalidade do ato constitutivo da obrigação principal resulta na «invalidade» (*rectius*, ineficácia)<sup>13</sup> do ato constitutivo da fiança (artigo 632.º, n.º 1), o fiador pode opor ao credor todos os meios de defesa que assistem ao devedor principal (artigo 637.º), e a extinção da obrigação garantida implica a extinção da fiança (artigo 651.º). Desta forma, os factos impeditivos, modificativos ou extintivos da relação de valuta são também, *per relationem*, factos impeditivos, modificativos ou extintivos da relação de garantia, que, consequentemente, influem no perigo que, a cada momento, o fiador suporta.

Também factos constitutivos de obrigações entre as partes da obrigação de base influem no risco e no perigo suportados pelo fiador, desde que se insiram no âmbito da cobertura contratualmente delimitada. Assim, o incumprimento, temporário ou definitivo, da obrigação garantida que seja constitutivo de uma obrigação do devedor principal indemnizar o credor, projeta-se também na esfera do fiador, alargando o montante que este poderá vir a ser chamado a cumprir (artigo 634.º). O mesmo fenómeno se dá com a constituição de uma obrigação que houvesse sido garantida (enquanto obrigação futura) previamente à sua constituição (artigo 628.º, n.º 2, *in fine*), sendo que essa mesma constituição faz cessar o direito de denúncia conferido pelo artigo 654.º.

<sup>11</sup> Está-se perante um mero requisito qualificativo e não perante o conteúdo de normas injuntivas, como parece pretender *v.g.* PETER BÜLOW, *Recht der Kreditsicherheiten/Sachen und Rechte, Personen*, C.F. Müller, Heidelberg, 2007, 266. Sem razão: se as partes estipularem a independência do crédito de garantia face ao crédito garantido, nada prejudica a validade do contrato. Afastada a acessoriedade, o contrato não deixa de ser válido, deixando apenas de ser um *contrato de fiança*, para passar a ser qualificável como um *contrato de garantia autónoma*. Sobre a distinção entre requisitos qualificativos e condições de validade, *cfr.* PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, 70 ss.

<sup>12</sup> Relembre-se que a extensão desta dependência é variável consoante o que as partes estipularem. Por um lado, estas podem afastar as normas dispositivas que estabelecem traços de acessoriedade sem que isso implique necessariamente a desqualificação da garantia pessoal como fiança tal como, inversamente, podem aumentar a dependência unilateral do crédito de garantia face ao crédito garantido (*cfr.*, pelo prisma inverso da autonomia, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht*, 3. Auflage, de Gruyter, Berlin, 1988, 749). Em texto, por comodidade de exposição, referem-se apenas os traços de acessoriedade da fiança típica.

<sup>13</sup> *Cfr.* MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, *cit.*, 336 ss.

O perigo que a prestação da fiança implica para o fiador é, ademais, mitigado pela atribuição, em determinados casos, de poderes de desvinculação da relação fidejussória, ou de tornar lícito o não cumprimento da obrigação de garantia. Os factos operativos da atribuição de alguns destes poderes ao fiador são factos referentes às condições pessoais ou patrimoniais do devedor principal. Para além de algumas das circunstâncias em que são concedidos ao fiador privilégios de liberação [artigos 648.º, alíneas b) e c), e 653.º], tem aqui relevância o benefício da excussão prévia, que habilita o fiador a recusar o cumprimento, enquanto o credor não tiver executado todos os bens do devedor principal (artigo 638.º, n.º 1). Tanto o benefício da liberação, como o benefício da excussão configuram-se técnico-juridicamente como *poderes*, cujo exercício tem eficácia meramente *ex nunc*, pelo que a sua invocação (em tempo útil) corresponde a um ónus material do fiador<sup>14</sup>.

O ponto anterior ilustra, sucintamente, como factos referentes ao devedor principal ou à relação deste com o credor fidejussório influem na modelação da relação entre credor fidejussório e fiador<sup>15</sup>. É, designadamente, de factos referentes às relações entre credor e devedor principal que depende a determinação e a quantificação das obrigações que o fiador pode ser chamado a cumprir, a atribuição ao fiador de poderes que lhe possibilitem a desvinculação unilateral do contrato, ou de tornar temporariamente lícita a recusa do cumprimento da obrigação fidejussória. O conhecimento desses factos é necessário para que o fiador tenha conhecimento das obrigações que, a cada momento, garante, do seu valor, e dos poderes que, a cada momento, lhe assistem e cujo exercício lhe permite mitigar ou libertar-se da suportação do risco fidejussório. Contudo, por regra, esses factos não serão diretamente conhecidos pelo fiador, que assim fica dependente da respetiva comunicação pelo devedor principal ou pelo credor fidejussório. Deste modo, torna-se necessário identificar o estatuto deontico dessa transmissão de informação, delimitando as situações em que essa conduta comunicativa é um comportamento meramente supererrogatório daquelas em que corresponde ao cumprimento de um dever. Não sendo os fluxos informativos, no âmbito do triângulo fidejussório – com exceção do artigo 646.º que, para além da exiguidade das informações a que respeita, apenas incide sobre o devedor –, expressamente regulados por lei, importa, assim, identificar os critérios a que obedece a cominação de deveres acessórios ao credor fidejussório<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Cf. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., 859 ss. e 1179 ss.

<sup>15</sup> Este aspeto é retomado *infra*, no § 3.1.1.

<sup>16</sup> O enfoque nos deveres do credor fidejussório justifica-se por uma dupla ordem de razões. Do ponto de vista dogmático, a cominação de deveres de informação ao credor fidejussório coloca algumas dificuldades acrescidas às teorias gerais sobre os deveres acessórios de informação (cfr. *infra*, §§ 4.1 a 4.4). Por outro lado, e demonstrada a tendencial carência informativa do fiador, os deveres

#### 1.4. Deveres de informação em sentido estrito e deveres de esclarecimento

É usual a distinção dos deveres de transmissão de informação entre deveres de esclarecimento (*Aufklärungspflichten*) e deveres de informação (*Auskunftspflichten*). Estas duas classes são delimitadas consoante o devedor de informação esteja

de informação do credor fidejussório perante o fiador têm uma relevância prática mais acentuada do que aqueles de que este beneficia perante o devedor principal, em virtude da operatividade dos remédios disponíveis em caso do seu incumprimento. Desde logo, a violação pelo devedor principal de deveres acessórios perante o fiador não poderia fundamentar a paralização do direito do credor fidejussório – terceiro perante essa relação – face ao fiador. A isto acresce que, ainda que não haja problemas conceptuais no que concerne à tutela indemnizatória desse dever, é condição necessária da constituição do dever de indemnizar que o credor de informação sofra um dano em virtude do incumprimento. Ora, o dano típico que pode ser imputado à violação de deveres de informação perante o fiador, enquanto tal, é o correspondente ao pagamento da obrigação garantida em casos em que, ao fiador, assistia o poder de se desvincular da fiança ou de justificar o incumprimento dessa obrigação, apenas não exercendo esse poder por não ter conhecimento dos factos constitutivos desses poderes. Sendo a fiança subsidiária, e sendo o *beneficium excussionis* invocado, a excussão prévia de todos os bens do fiador é, logicamente, pressuposto da vinculação do fiador à satisfação dos créditos garantidos. Nos restantes casos, ao fiador sempre assistirá o direito de regresso contra o devedor principal, para além de, perante este, ficar sub-rogado no crédito satisfeito, estando, portanto, ao seu dispor vias não indemnizatórias para a recuperação da quantia paga; conseqüentemente, não existe, em rigor, qualquer dano. Não conseguindo o fiador recuperar, quer por via do crédito de regresso, quer por via do crédito em que fica sub-rogado, a quantia paga, por insuficiência do património do devedor principal, a utilidade de uma ação indemnizatória contra esse mesmo devedor – e pela qual responde, portanto, o mesmo património – é diminuta. Com isto, não é demais enfatizar, não se pretende implicar a irrelevância, ou de alguma forma menorizar o seu valor, do estudo dos deveres de informação do devedor principal para com o fiador, nem sequer, mesmo num plano de discurso meramente pragmático, que as pretensões informativas perante o devedor principal sejam desprovidas de utilidade prática para o fiador. A perspetivação dos deveres de informação exclusivamente pelo prisma das sanções aplicadas em caso da sua violação representaria, aliás, uma incorreção metodológica (cfr., em geral, HERBERT L.A. HART, *O conceito de direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 4.ª ed., Lisboa, 2005, 111 ss.), dado que, para os destinatários da ordem jurídica que a perspetivam do «ponto de vista interno», a cominação de um dever é uma razão para agir em determinado sentido (neste caso, para a transmissão de informação), independentemente da pendente ameaça de sanções. Não obstante, a dogmática dos deveres de boa fé tem-se focado com grande prevalência no problema da responsabilidade pela sua violação e não na identificação das situações que, em virtude da cominação destes deveres, resultam deonticamente qualificadas como impostas, o que, note-se, exprime um resquício de um «pensamento por ações» (ainda profundamente enraizado quando RUDOLF VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangte Verträge*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, IV, 1861, 1 ss., teorizou, primeiramente a culpa in contrahendo, apenas cinco anos volvidos sobre BERNHARD WINDSCHEID ter publicado *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Buddeus Düsseldorf, 1856, 238 pp.). Sobre o abandono (e a subsistência) do «pensamento por ações» em benefício de um «pensamento normativo», cfr. EUGEN BUCHER, *Für mehr Aktionendenken*, in *AcP*, 186, 1886, 1 ss.

obrigado a comunicar os factos relevantes ao respetivo credor espontaneamente (dever de esclarecimento) ou apenas quando essa comunicação seja solicitada (dever de informação)<sup>17</sup>. Assim, o titular de um «direito a informação» tem, na verdade, uma mera faculdade potestativa que pode exercer contra o «devedor de informação» (que até à eficácia desse exercício não é, em rigor, um devedor, encontrando-se num correlativo estado de sujeição); apenas com a eficácia do pedido de informação<sup>18</sup> se constitui uma situação jurídica obrigacional em sentido próprio. Em contraste com este duplo faseamento dos deveres de informação, o «direito de esclarecimento» surge na esfera do seu titular mal se verifiquem os seus pressupostos, nos quais não se inclui qualquer exercício potestativo da sua parte. O binómio direito/dever existe aqui desde o início, não sendo precedido por um binómio poder/sujeição.

Em todos os casos que exorbitem o âmbito de aplicação das normas de direito estrito que consagram deveres de informação e de esclarecimento, os direitos de qualquer uma destas classes apenas serão cominados quando a boa fé, enquanto norma de conduta, o determinar<sup>19</sup>. Se a utilidade dogmática da distinção entre

<sup>17</sup> Sobre esta distinção, entre nós, cfr. JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Coimbra, 1989, 409 ss., ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II/I, Almedina, Coimbra, 2009, 482, EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro*, Almedina, Coimbra, 2010, 22, e NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra, Coimbra, 2011, 188. Na doutrina germânica, as referências seriam infundáveis. Remete-se, portanto, a mero título de exemplo, para PETER WINKLER VON MOHRENFELS, *Abeleitete Informationsleistungspflichten im deutschen Zivilrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986, 17 ss., STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss*, C.H. Beck, München, 1989, 2-3, MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, Mohr, Tübingen, 1994, 137 ss. e GEBHARD M. REHM, *Aufklärungspflichten im Vertragsrecht*, C.H. Beck, München, 2003, 148-149.

<sup>18</sup> A qual é aferida pelos critérios definidos no artigo 224.º.

<sup>19</sup> O Código Civil atribui a quem seja alegadamente titular de um direito e tiver dúvidas fundadas quanto à sua existência ou quanto ao seu conteúdo o direito de informação perante a alegada contraparte, desde que esta esteja em condições de prestar as informações necessárias (artigo 573.º). A este preceito cumulam-se várias normas dispersas que reconhecem direitos de pedir informações sobre matérias específicas (cfr. a síntese em ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II/I, Coimbra, Coimbra, 2009, 635 ss.). Mas, não obstante a amplitude com que o Código Civil atribui este direito – amplitude essa que, aliás, não conhece paralelo nos diplomas congéneres –, este poder de requerer informações apenas é atribuído ao potencial titular de um direito. A extensão deste poder a outras situações apenas poderá ser sustentada através da aplicação analógica da norma, caso em que será necessário satisfazer o ónus argumentativo da identificação de uma lacuna e de que «as razões justificativas da regulação» procedem no caso omissio (artigo 10.º, n.º 2), ou do seu apoio na boa fé (*maxime*, no artigo 762.º, n.º 2). Atendendo à inserção sistemática do texto, parece ser esta última a base de apoio em que NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, cit., 188, sustenta a afirmação maximalista de que «o princípio geral sobre os deveres de informação é o de que cada uma das partes tem o dever de comunicar à outra todos os elementos solicitados».

estas duas classes de deveres é incontestável, ela esconde uma unidade problemática fundamental<sup>20</sup>. Em ambos os casos, a cominação dos deveres está dependente da existência de razões juridicamente relevantes com peso suficiente para restringir a liberdade do sujeito sobre o qual impende o dever (a sua liberdade de *não informar*; no caso dos deveres de informação, de não informar *ainda que a informação seja requerida*) em prol da promoção do conhecimento pelos respetivos beneficiários dos factos cuja informação é destarte imposta. Se a restrição da liberdade do sujeito onerado é tal que dispensa a ocorrência de um ato voluntário do respetivo beneficiário mediante o qual a informação seja requerida, ou se a obrigação de informar apenas se constitui quando o beneficiário da informação a requerer, é apenas uma questão de grau. Quanto ao princípio restringido, assim como quanto ao conjunto de princípios aptos a justificar essa restrição, existe identidade. Por esta razão, salvo quando do contexto resultar o contrário, abaixo utilizar-se-á a locução «deveres de informação» para referir unitariamente, tanto os deveres de informação *proprio sensu*, como os deveres de esclarecimento.

## § 2.º O fundamento dos deveres de informação

### 2.1. A boa fé como «critério de fachada» na cominação de deveres acessórios de informação

É hoje um dado adquirido da cultura jurídica romano-germânica que, no âmbito da execução dos contratos, as partes devem proceder reciprocamente de acordo com a regra de conduta da boa fé. Estas exigências têm referência legal expressa, no que concerne ao cumprimento de obrigações, no artigo 762.º, n.º 2<sup>21-22</sup>.

<sup>20</sup> Assim, MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, cit., 137 ss. e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II/I, cit, 482.

<sup>21</sup> A regra de conduta segundo a boa fé encontra também, como é sabido, consagração expressa no âmbito da negociação de contratos (artigo 227.º). Não existe, porém, lei expressa que exija o comportamento segundo a boa fé (i) durante a vigência de contratos não obrigacionais (o artigo 762.º, n.º 2 apenas se refere ao cumprimento de obrigações e ao exercício de créditos) ou (ii) após a cessação dos contratos, nem a lei comina expressamente deveres acessórios (iii) a terceiros face ao contrato, nem (iv) para a proteção de terceiros face ao contrato. Estas ausências de lei expressa são normativamente irrelevantes. Os vetores normativos que preenchem a locução «boa fé», no contexto dos artigos 227.º, n.º 1 e 762.º, n.º 2, projetam-se também na constatação de lacunas e na sua integração onde estes não encontrarem regulação legal. Assim, a inexistência de preceito que concretize estes vetores no âmbito da execução de contratos não obrigacionais revela uma lacuna que compreende todos aqueles casos em que esses vetores reclamem aplicação. Esses mesmos princípios serão, depois, convocados a integrar a lacuna assim revelada (cfr. CLAUDIUS WILHELM CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1964, 71 ss.). Sobre

A incontestabilidade da decorrência de deveres acessórios de conduta da boa fé, para ambas as partes da relação obrigacional, contrasta, contudo, com as

a aproximação – e sobre os limites em que essa aproximação é aceitável – entre a integração de lacunas e o preenchimento da locução «boa fé» no âmbito da interpretação-aplicação dos preceitos que a ela expressamente apelam – semelhança essa já enfatizada por HECK – cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., 1264-1265. As situações em que o sistema, no seu todo, exige a cominação de deveres de boa fé têm sido unitariamente referidas sob a locução «ligação especial», também ela caracterizada por uma elevada indeterminação semântica. É certo que o qualificativo «especial» traduz uma nota diferenciadora dessas relações face às relações mais ou menos anónimas que existem entre os membros de uma sociedade. Nada denota, porém, quanto aos critérios que permitem identificar a especialidade de uma ligação (cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, cit., 238 ss. e *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., 232). Sobre o conceito de ligação especial a obra de referência é hoje o *Habilitationsschrift* de PETER KREBS, *Sonderverbindung und außerdeltiktische Schutzpflichten*, C.H. Beck, München, 2000, 679 pp, ainda que a modernização do direito das obrigações alemão tenha, desde então, trazido novos dados para a questão. Contudo, para além de se circunscrever o âmbito da sua investigação aos deveres de proteção, tratando dos deveres de lealdade apenas para delimitar pela negativa os primeiros, os resultados fragmentários apresentados pelo Autor são bem demonstrativos da dificuldade – ou eventualmente, da impossibilidade – da formulação de um conceito unitário de ligação especial.<sup>22</sup> O caráter complexo da relação obrigacional em sentido amplo é hoje incontroverso: aos deveres principais de prestação e aos deveres secundários de prestação, que partilham a sua origem negocial (no caso das obrigações que tenham como fonte o negócio jurídico), integram-se na relação obrigacional os deveres acessórios, ou deveres laterais de conduta, que são heteronomamente cominados pelo sistema perante cada situação em concreto e têm sido agregados sob o conceito de boa fé (cfr., *inter alia*, CARLOS MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, 1982, 282 ss., MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, cit, 37 ss., JOÃO ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 10.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2003, 121 ss., LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, 5.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2006, 121 ss., MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 11.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2008, 73 ss., ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., 586 e, mais recentemente, *Tratado de direito civil português*, II/I, cit., 297 ss., JOSEF ESSER/EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht/Band I – Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 1984, 86 ss., KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts/Band I, Allgemeiner Teil*, 14. Auflage, C.H. Beck, München, 1987, 7 ss. ou JOACHIM GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, Mohr, Tübingen, 1989, 7 ss.). Dentro do universo dos deveres acessórios de conduta, existe uma marcada heterogeneidade, que dificulta a sua classificação exaustiva. Demonstra-o com particular acuidade uma leitura, mesmo que superficial, dos comentários ao § 241 BGB, onde as distinções terminológicas e as sub-classificações proliferam (cfr. a título de exemplo em DIRK OLZEN, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., § 241, n.ºs 379 ss., em especial 426 ss. ou HERBERT ROTH, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 5. Auflage, C.H. Beck, 2007, § 241, n.ºs 31 ss.). É entre nós tradicional desde ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., 546 ss.) a classificação entre deveres de lealdade, de informação e de proteção, a qual é recortada em função da «fisionomia do comportamento que normativizam» (cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, cit., 40). Esta classificação é útil por permitir a apreensão da variedade de comportamentos a que estes deveres podem adstringir os seus sujeitos passivos. Tem-lhe sido, porém, apontada a insuficiência de não indagar a função

divergências quanto às condições de constituição e quanto à extensão desses deveres; estas não são senão o reflexo de divergências de segundo grau acerca do *fundamento* desses mesmos deveres<sup>23</sup>.

que esses deveres desempenham no âmbito da relação obrigacional e, assim, em última análise, de implicar a conexão de consequências de regime diferenciadas a cada classe de deveres (cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, cit., 40). Tem, em alternativa, sido proposta a distinção entre aqueles deveres acessórios que prosseguem uma finalidade positiva, promovendo o interesse prosseguido pelo credor através da prestação (o *status ad quem*) e aqueles que prosseguem uma função negativa, protegendo a contraparte dos riscos de danos na sua pessoa ou no seu património (o *status quo*) (cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, cit., 40-41, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II/I, 478 e na doutrina germânica, paradigmaticamente, DIETER MEDICUS/STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I/Allgemeiner Teil*, C.H. Beck, München, 2008, 245 ss. e HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, *Leistungspflichten und Schutzpflichten*, in *FS für Claus-Wilhelm Canaris: zum 70. Geburtstag* (Hrsg. HELDRICH/PRÖLSS/KOLLER), I, C.H. Beck, München, 2007, 275 ss.). Estas classificações não são, porém, incompatíveis, mas antes suscetíveis de sobreposição (como é feito em ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II/I, 477 ss., por um lado, mantendo a distinção tradicional entre informação, lealdade e segurança (481), e, por outro, traçando a distinção entre um círculo interno de deveres acessórios, que compreenderia os deveres que «visam o reforço e a substancialização do dever de prestar», e um círculo externo dos mesmos que compreenderia «os deveres dirigidos aos interesses circundantes e colaterais: integridade patrimonial, pessoal e moral» (op. cit., 478). De todo o modo, impõe-se salientar que, aceitando-se que esta segunda classificação tem a vantagem de exprimir uma ligação mais imediata entre os deveres subsumíveis a cada uma das classes e consequências de regime, ela é recortada tendo exclusivamente em vista os deveres acessórios que impendem *sobre o devedor*. Quanto aos deveres que desempenham uma função negativa, a sua extensão aos deveres que impendem sobre o credor não levanta quaisquer dificuldades: também os bens pessoais e patrimoniais do devedor estão sujeitos a um acrescido risco de danos em virtude da proximidade da sua relação com o credor. Contudo, o recorte da primeira classe através da funcionalização à prossecução do fim mediato da prestação torna a classificação incompleta, deixando esta de poder ser concebida como uma classificação dicotómica. Excluídos dessa classificação ficam todos aqueles deveres de informação ou de lealdade que impendem *sobre o credor*, designadamente aqueles que são conexos às faculdades ativas compreendidas na posição devedor. Parece pacífico que, atendendo à sua função, estes se aproximam dos deveres acessórios de função positiva. Mas a recondução a essa classe pressuporia o alargamento do seu recorte. A reformulação destas categorias exorbitaria, claramente, o objeto deste texto. Todavia, a incompletude desta classificação não pode deixar de ser salientada, precisamente por deixar de fora os deveres de informação que adstringem o credor, o que evidentemente vale também para os deveres de informação do credor fidejussório. Certo é que, tendo como pressuposto a rejeição de uma metodologia jus-conceptualista, demonstrando-se que existem razões juridicamente válidas para a cominação de deveres de informação ao credor (fidejussório), é a classificação que deve ceder, assumindo-se como incompleta ou adaptando-se de forma a acomodar estes deveres, e não a proposição jurídica que afirma a vinculação do credor a deveres acessórios que não desempenham uma função meramente negativa ou de proteção que é refutada por extravasar esse esquema concetual.

<sup>23</sup> Não se desconhece o carácter necessariamente metafórico das perguntas por «fundamentos» (sobre o ponto, remete-se para a obra de RICHARD RORTY, *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton University Press, Princeton, 1979, 155 ss.). Utiliza-se este vocabulário por estar sedimentado

A amplitude destas divergências deve-se, em muito, ao carácter fortemente indeterminado de locuções como «proceder segundo as regras da boa fé» (artigo 227.º, n.º 1), «proceder de boa fé» (artigo 762.º, n.º 2), «limites impostos pela boa fé» (artigo 334.º) ou semelhantes<sup>24</sup>. Linguisticamente, o conceito de boa fé opera como um «critério de fachada» (*dummy standard*)<sup>25</sup>. Este apresenta-se semanticamente como critério normativo, no entanto, dada a sua indeterminação linguística, é vazio de significado, a não ser que *preenchido* por (outros) parâmetros valorativos. Na verdade, são esses, e não a locução incolor de «boa fé», que vão fornecer critérios decisórios ao intérprete-aplicador. Assim se torna evidente que uma referência à boa fé, só por si, não estabelece uma comunicação suficiente para solucionar casos concretos<sup>26</sup>. É, pois, necessário determinar as diretrizes pre-enchedoras do conceito de boa fé<sup>27</sup> e, em específico, aquelas que fundamentam a cominação de deveres de informação durante a execução dos contratos.

É, de resto, um truísmo que toda a cominação de deveres restringe a liberdade geral de ação dos respetivos sujeitos passivos. O preenchimento do conceito de «boa fé» com um conteúdo normativo do qual resulte a adstrição dos sujeitos jurídicos a deveres de comportamento carece, portanto, de uma fundamentação racional, apenas sendo admissível quando encontrar apoio em razões juridicamente relevantes (*maxime*, princípios) de sinal contrário com peso suficiente para justificar aquela compressão<sup>28</sup>. Imprescindível é, portanto, a consistência entre o funda-

no discurso jurídico. Faz-se, porém, a ressalva de que com a referência a «fundamentos» não se pretende, aqui, implicar nada para além dos argumentos que permitem sustentar proposições sobre a cominação de deveres de informação, sendo, portanto, a expressão utilizada em sinonímia com locuções como «razão justificativa» ou semelhantes.

<sup>24</sup> Nesta indeterminação linguística, reside precisamente a causa das tendências para o entendimento da boa fé como «norma em branco», como remissão para critérios extrajurídicos ou para a sua paráfrase com recurso a «fórmulas grandiosas», mas igualmente vagas (para a exposição e rejeição destas conceções remete-se para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., *passim*, em especial, 335 ss.).

<sup>25</sup> Cfr. TIMOTHY ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, New York, 2000, 48-49.

<sup>26</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., 1189 e JÜRGEN SCHMIDT, em *Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, II, 12. Auflage, de Gruyter, Berlin, 1983, § 242, n.º 168 (que, após analisar criticamente várias conceções sobre a boa fé, conclui que «uma fundamentação com o § 242 não é, em circunstância alguma, possível, de onde resulta a necessidade de se investigar o verdadeiro fundamento das decisões baseadas no § 242 e, mais importante: como devem as futuras decisões ser fundamentadas de forma materialmente correta»).

<sup>27</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., *passim*, v.g., 1196.

<sup>28</sup> Este aspeto é amplamente salientado por HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, *Leistungspflichten und Schutzpflichten*, cit., 284 ss. e, a propósito da fundamentação de deveres no princípio da tutela da confiança (para depois refutar essa fundamentação), RAINER LOGES, *Die Begründung neuer Erklärungsspflichten und der Gedanke des Vertrauensschutzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, 27.



mento apontado aos deveres acessórios (ou a cada espécie de deveres acessórios) e o seu conteúdo, dado que onde esta não existir, não existirá também, na verdade, justificação para a restrição da liberdade operada pela cominação de deveres.

## 2.2. *A tutela da confiança como fundamento de deveres de informação*

Parte maioritária da doutrina vê nos deveres de conduta segundo a boa fé, em geral, uma manifestação do princípio da tutela da confiança. Esta tese, cuja recente paternidade se pode atribuir a Kurt Ballerstedt<sup>29</sup>, teve largo impulsionamento no espaço jurídico alemão através dos trabalhos de Claus-Wilhelm Canaris<sup>30</sup>. Entre nós, esta tese é igualmente maioritária, tendo sido difundida, na esteira de Canaris, por Baptista Machado<sup>31</sup> e por Menezes Cordeiro<sup>32</sup>. As repercussões deste entendimento transcendem largamente o campo dos deveres acessórios e, em especial, dos deveres de informação. Contudo, no que a estes especificamente diz respeito, esta tese pode sintetizar-se na ideia de que os deveres de informação visam a «tutela da confiança depositada» (*Die Gewährung in Anspruch genommenen Vertrauens*) na prestação de informações pela contraparte ou por um terceiro.

Alicerçados os deveres acessórios de informação no princípio da tutela da confiança, a cominação desses deveres dependeria da verificação dos pressupostos da tutela da confiança: (i) a existência de uma situação de confiança na prestação

<sup>29</sup> Cfr. KURT BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter*, in AcP, 151, 1951, 501 ss.

<sup>30</sup> Em especial, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Schutzgesetz - Verkehrspflichten - Schutzpflichten*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983* (ed. CANARIS/DIEDERISCHSEN), 105-106, desenvolvendo as pistas já deixadas em *Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzung» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen*, in JZ, 1965, 475-482 e em *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, C.H. Beck, München, 1971, 491 ss.

<sup>31</sup> Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Tutela da confiança e «venire contra factum proprium»*, in *Obra dispersa*, I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, 345 ss.

<sup>32</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., 586 ss., *Tratado de direito civil português*, I/I, Almedina, Coimbra, 2005, 520-521, e, mais recentemente, *Die Dogmatisierung des Systemdenkens durch Treu und Glauben*, in *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag* (hrsg.: Heldrich/Prölss/Köhler), C.H. Beck, München, 2007, 857 ss. Esta tese foi recebida com amplitude na doutrina portuguesa, com particular incidência na Escola de Lisboa: *inter alia*, podem ser referidas as adesões de LUÍS MENEZES LEITÃO, *A Responsabilidade do Gestor perante o Dono do Negócio no Direito Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1991, 337 ss., PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Da prestação de garantias por sociedades comerciais a dívidas de outras entidades*, in ROA, Ano 57, Vol. I, 117 ss., CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, I, Almedina, Coimbra, 2005, 200 ss. ou, mais recentemente, NUNO TRIGO DOS REIS, *Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais*, in *Temas de direito comercial/Cadernos O Direito*, 4, 2009, 349 ss. e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de sociedades e deveres de lealdade/Por um critério unitário de solução do «conflito do grupo»*, Almedina, Coimbra, 620.

de informações pela contraparte, (ii) a justificação dessa confiança, (iii) a ocorrência de um investimento de confiança e (iv) a imputação da situação de confiança à contraparte do potencial beneficiário dos deveres de informação<sup>33</sup>. Cabe, porém, notar que estes critérios foram inicialmente formulados a propósito da *responsabilidade* pela confiança e que é esse o seu campo de invocação usual. Se pretendermos perspetivar os deveres de informação *ex bona fide* do «ponto de vista interno», ou seja, como razões para o devedor de informação comunicar os factos relevantes ao respetivo beneficiário, e não apenas como causa para a aplicação de uma sanção (concretamente, de sanções indemnizatórias)<sup>34</sup>, é necessário distinguir entre os pressupostos da constituição de deveres de informação e os pressupostos da responsabilidade pela violação de deveres de informação. Esta distinção assume acrescida relevância quando se admita que os deveres acessórios de informação não são tutelados exclusivamente por via indemnizatória<sup>35</sup>. Feita esta distinção, afigura-se claro que a identificação dos pressupostos da responsabilidade pela violação de deveres de informação se coloca a jusante da primeira, dado que os deveres de informação são o parâmetro no qual se vai basear o juízo de ilicitude. Evidente, face aos traços básicos do sistema da responsabilidade civil, é também que os pressupostos da responsabilidade pela violação de deveres de informação não se esgotam nesse juízo de ilicitude. Desde logo, apenas se pode equacionar a responsabilidade civil de um sujeito quando tenha ocorrido um *dano*. É ainda necessário que esse dano possa ser imputado ao facto ilícito do agente: no caso, a violação do dever de informação. O dano, a imputação objetiva do dano ao facto ilícito e a culpa do agente são pressupostos da responsabilidade civil, mas não pressupostos da constituição do dever. A consciência de que os pressupostos constitutivos dos parâmetros de licitude são necessariamente mais restritos do que os pressupostos da imputação de danos por violação de deveres específicos, abre caminho ao afastamento do investimento de confiança como pressuposto da

<sup>33</sup> Na formulação original desta teoria, todos os elementos referidos são apresentados como suscetíveis de compensação recíproca *si*. A mobilidade entre eles seria, pois, total: cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, cit., 541 ss. e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., 1234 ss.

<sup>34</sup> Cfr., para além do curto texto *supra*, n. 15, a crítica ao «*rule skepticism*» formulada por HERBERT L.A. HART, no capítulo VII de *O conceito de direito* (cit., pp.137 ss.). Sobre o «ponto de vista interno», cfr. ainda DENNIS M. PATTERSON, *Explicating the internal point of view*, in *Southern Methodist University Law Review*, Vol. 52, 1999, 67 ss., SCOTT J. SHAPIRO, *What is the internal point of view?*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=937337> e, na literatura portuguesa, JOSÉ LAMEGO, *Hermenêutica e jurisprudência/Análise de uma «recepção»*, Fragmentos, Lisboa, 1990, 241 ss. e PEDRO MÚRIAS, *Weber e Hart sobre as perspetivas externa e interna: uma releitura*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia*, I, Almedina, Coimbra, 2010, 105 ss.

<sup>35</sup> Cfr. *infra*, § 4.7.

constituição de deveres de informação com fundamento no princípio da tutela da confiança: este constitui apenas uma explicitação dos pressupostos do dano e da imputação do dano ao facto no campo da responsabilidade pela confiança<sup>36</sup>.

Excluído o investimento de confiança dos pressupostos constitutivos de deveres de informação, importa notar que os restantes pressupostos não são, em rigor, apresentados como *condições necessárias* da constituição desses deveres. Os referidos pressupostos articular-se-iam nos moldes de um sistema móvel, podendo a especial intensidade da verificação de um deles compensar a menor intensidade, ou, no limite, a ausência, de um outro<sup>37</sup>. Esta mobilidade deve, contudo, ser relativizada: não é possível alicerçar uma decisão jurídica no princípio da tutela da confiança quando inexista uma situação de confiança subjetiva – nesse caso, *nada há a tutelar* –, nem é possível nele fundamentar um dever quando falte a imputação da confiança ao potencial sujeito passivo do dever cominado, dado que, nesse caso, não existe razão justificativa para, em benefício da tutela do sujeito que confia, restringir a liberdade *do sujeito onerado com o dever*<sup>38</sup>. Da imobilidade do pressuposto da verificação da situação de confiança decorre a seguinte proposição: aferir se sobre uma das partes impende um dever de informação, implica sempre perguntar se a contraparte *confiou* que a informação lhe seria prestada pela outra.

<sup>36</sup> Neste sentido, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, cit., 178-179. A mesma ideia está já presente em MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., 596, ao sustentar que se «a exigência de um «investimento» de confiança como pressuposto da proteção das expectativas radica na consideração de que se alguém acalentou certa representação, mas não desenvolveu com base nela qualquer atividade, também não haverá nenhuma posição a salvaguardar e, assim, *qualquer dano a ressarcir*» (ênfase acrescentado), que acaba por o considerar um «elemento *espírito* na construção do juízo de responsabilidade efetivamente alicerçado na violação de deveres», por a delimitação dos danos indemnizáveis dever ser pautada pelos critérios gerais dos artigos 562.º e seguintes.

<sup>37</sup> Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, cit., 541 ss., ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., 759 e 1249 e MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., 586 ss., este último, porém, como é sabido, num quadro marcado pela contraposição entre a responsabilidade pela confiança e a responsabilidade pela violação de deveres acessórios de conduta.

<sup>38</sup> Sustentando a mobilidade relativa dos pressupostos da tutela da confiança, no âmbito de uma «quarta via» da responsabilidade civil, não baseada na violação de deveres, cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., 586-587, n. 618: apenas os pressupostos da justificação da confiança e do investimento da confiança poderiam ver a sua ausência compensada pela especial intensidade dos restantes elementos, e isto apenas em casos excecionais. Os elementos referidos em texto não poderiam «patentemente» ser dispensados: a situação de confiança «por motivos óbvios» e a imputação da confiança «porque se eliminaria qualquer nexó ético-jurídico entre o dano e o sujeito responsável» (*idem*, 587, n. 618). Mais recentemente, aderindo a esta mitigação da mobilidade do sistema móvel que articula os pressupostos da tutela da confiança, reconduzindo-a, ao contrário de CARNEIRO DA FRADA, à boa fé, cfr. NUNO TRIGO DOS REIS, *Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais*, cit., 350, n. 213.

É precisamente neste carácter inafastável da verificação de uma situação subjetiva de confiança para a pertinência da invocação do princípio da tutela da confiança na justificação de soluções jurídicas que se encontra o ponto de partida para a generalidade das conceções críticas da recondução do fundamento dos deveres acessórios de conduta ao princípio da tutela da confiança.

O preenchimento deste pressuposto consubstancia, como é evidente, uma *questão de facto*. O carácter *interno* desse facto – a situação subjetiva de confiança é um *facto psicológico* – coloca, é certo, dificuldades ao nível probatório, dada a impossibilidade da realização da sua prova direta<sup>39</sup>. Estas dificuldades, sendo meramente probatórias, não colocam, porém, qualquer obstáculo à teoria que deriva os deveres acessórios *ex bona fide* do princípio da tutela da confiança, nem configuram qualquer argumento no sentido de se abdicar da verificação de um estado subjetivo de confiança enquanto pressuposto da constituição de deveres acessórios com fundamento do princípio da tutela da confiança. Poder-se-ia, contudo, dizer que a exigência da verificação de uma situação subjetiva de confiança no espírito do beneficiário do dever de informação restringe as situações em que uma tutela judicial da posição desse sujeito se mostra procedente e que isso deixaria, na prática, sem tutela todos os casos em que as circunstâncias não geram qualquer confiança do potencial credor de informação, «mesmo quando essa proteção se apresenta como imperiosa»<sup>40</sup>. Precisamente essa insatisfação com os resultados obtidos leva parte dos proponentes da doutrina da confiança a entender o pressuposto da *situação de confiança*, não como um pressuposto fáctico, mas como um pressuposto normativo<sup>41</sup>: deixar-se-ia de perguntar se o tutelado

<sup>39</sup> Cfr. RAINER LOGES, *Die Begründung neuer Erklärungsspflichten und der Gedanke des Vertrauensschutzes*, Ducker & Humblot, Berlin, 1991, 37. Os factos psicológicos são naturalmente inacessíveis a outras pessoas que não aquelas a respeito das quais se pretende apurar a verificação da situação de confiança. Como tal, não existe qualquer meio de prova que possa demonstrar essa verificação. A prova da confiança terá, assim, de assentar em inferências realizadas com base em outros factos (suscetíveis de prova direta) através de regras de experiência, aspeto que é salientado, a propósito da prova da situação subjetiva de confiança, por MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Têoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., 374. Sobre as regras da experiência e a prova indiciária cfr., em geral, EGON SCHNEIDER, *Beweis und Beweiswürdigung*, Vahlen, München, 1987, 77 ss.).

<sup>40</sup> Ilustrativo neste sentido, HOLGER FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, cit., 419.

<sup>41</sup> Assim, paradigmaticamente, WOLFGANG FIKENTSCHER/ANDREAS HEIDEMANN, *Schuldrecht*, cit., 116, segundo quem a confiança tutelada pelo princípio da confiança, que constituiria a base dos direitos e deveres que a lei comina no âmbito das ligações especiais, não é uma confiança em sentido psicológico, mas antes de um poder confiar normativo (*normatives Vertrauensdürfen*). Já CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Vertrauenshaftung*, cit., 504, ainda que exigindo, por regra, a existência de uma situação subjetiva de confiança, como pressuposto da responsabilidade pela confiança, defendia que o conceito de confiança (tutelada) aí pressuposto, tendo apenas uma pretensão de relevância dentro do específico domínio do jurídico, não estaria necessariamente preso a categorias

confiou, para se passar a perguntar se ele devia poder ter confiado. No entanto, esse passo argumentativo encerra vários vícios. Em primeiro lugar, desconsidera-se a diferença analítica entre os factos cuja verificação é necessária para que os efeitos jurídicos estatuídos por uma qualquer norma sejam produzidos e os factos de cuja prova depende a procedência em juízo de um pedido que assente na produção daqueles efeitos jurídicos, quando a primeira questão, de carácter substantivo, é naturalmente precedente – logo: logicamente independente – dos problemas instrumentais relativos à prova dos factos que integrem a correspondente causa de pedir<sup>42</sup>. A imprecisa equiparação entre estas classes de factos prolonga-se na derivação de consequências substantivas – na delimitação dos pressupostos constitutivos de um dever acessório de informação – de premissas puramente fácticas e referentes a aspetos processuais – as dificuldades probatórias dos factos correspondentes àqueles pressupostos –, num ensejo de tornear a restrição das situações em que, na prática, pretensões que pressuponham a verificação de um dever de informação possam ter provimento sem perda de coerência ao nível da fundamentação, aos casos em que essa prova consegue ser realizada. Fá-lo, ademais, de uma forma incoerente, dado que o pensamento da confiança é insuscetível de identificar as situações em que se *deve poder confiar*, carecendo, para esse efeito, de outros critérios normativos, os quais, esses sim, seriam o fundamento do dever.

Apresentada desta forma, esta linha de argumentação redundante numa petição de princípio. Necessária é apenas a proteção daquelas situações que regras ou princípios do sistema determinarem como merecedoras de proteção. O sentimento de justiça não vale como argumento para a justificação de

psicológicas, podendo substituí-las por categorias jurídico-normativas. Isto traduzir-se-ia na possibilidade de «a ordem jurídica pode, por determinadas razões, renunciar a uma verificação da «confiança» no caso concreto, e, em vez disso, prosseguir a sua tutela de forma tipificada» (*idem, ibidem*). Entre nós, uma noção normativa de confiança juridicamente tutelável foi sustentada por LUÍS MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, cit., 355 ss., que, após expor as críticas formuladas a uma conceção subjetiva do *Vertrauenstatbestand*, no sentido de esta conceção atribuiria à confiança um «conteúdo ético-natural e não jurídico», vem a aderir à mesma (*idem*, 358). A normativização do conceito de confiança aparece também *en passant* em ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., 615, n. 292, que, em crítica a JÜRGEN BAUMANN, *Betrug durch vom Geschäftspartner nicht verstandene Vertragsformulierung*, JZ, 1957, 367 ss., considera «discutível» que, para a constituição de deveres de informação – os quais teriam o seu fundamento no princípio da tutela da confiança –, seja necessária a verificação de uma «situação autêntica de confiança».

<sup>42</sup> Sobre a distinção entre «factos operativos» e «factos probatórios», aqui implicada, cfr. WESLEY NEWCOMB HOHFELD, *Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2008, 18-25.

decisões jurídicas<sup>43</sup>, nem se pode sequer aceitar que a «injustiça» dos resultados a que conduz seja apta a falsificar uma teoria jurídica<sup>44</sup>. Assim, será, ou não, prescrita a proteção, através da cominação de deveres acessórios, a sujeitos que não confiaram em qualquer comportamento da sua contraparte, consoante essa exigência tenha ou não um apoio jurídico-normativo. A questão desloca-se,

<sup>43</sup> Salienta-o mesmo JOSEF ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung/Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Athenäum, Frankfurt-am-Main, 1972, 143 ss., ao rejeitar que a «convicção de justeza» do juiz, que faz parte da sua pré-compreensão, dispense o recurso aos métodos de interpretação. No pensamento do autor, que não se segue, os métodos de interpretação poderiam ser livremente comutados entre si, podendo o intérprete-aplicador optar por aqueles que permitissem descrever como conforme ao Direito a solução de cuja justeza está convicto. Mas a relevância justificativa decorreria sempre destes e não da própria convicção do juiz. A relevância do pré-entendimento, e dentro deste, das convicções de justiça, esgota-se, assim, no processo cognitivo do intérprete (no *context of discovery*): na fundamentação das decisões jurídicas (i.e. no *context of justification*) não tem qualquer valor.

<sup>44</sup> Em sentido contrário, cfr. CLAUD-WILHELM CANARIS, *Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien*, JZ, 1993, 8, 378-379, aponta, como uma das funções das teorias jurídicas e como um dos critérios aferidores da capacidade de rendimento das mesmas, a capacidade de resolução de problemas de forma materialmente justa, i.e., em conformidade com parâmetros pré- e suprapositivos. Ambas as afirmações estão umbilicalmente ligadas a um específico conceito de direito, o da jurisprudência dos valores, e ao respetivo sistema de fontes, os quais refletem uma teoria da conexão necessária entre direito e moral. Estes pressupostos não podem ser aceites por razões que não podem aqui ser desenvolvidas: a conexão entre direito e moral é possível, mas contingente, dependendo, na sua existência e extensão, das práticas constitutivas da juridicidade verificadas em cada comunidade (como se procurou sintetizar em MIGUEL BRITO BASTOS, *Positivismo jurídico inclusivo: sobre a possibilidade da relevância de critérios morais no reconhecimento do direito*, in *Estudos em memória do Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches*, I, Almedina, Coimbra, 2011, 925 ss.). Note-se, contudo, que CANARIS dá como exemplos desses parâmetros pré- e suprapositivos o princípio da autorresponsabilidade e o princípio da tutela da confiança: desconsiderando, por ora, as dúvidas que a autorresponsabilidade, enquanto critério autónomo (e, portanto, como princípio jurídico), suscita, é perfeitamente sustentável que ambos os princípios têm uma fonte jurídico-positiva (ainda que induzida de múltiplos preceitos legais). Assim sendo, a coerência com estes princípios – bem como com a generalidade dos, assim chamados, «princípios gerais de direito» – é requisito de correção de uma teoria. Mas, desta forma, a função de assegurar uma regulação materialmente justa dilui-se na função de assegurar a compatibilidade das soluções com o sistema do direito vigente. Se uma teoria jurídica implicar resultados dissonantes com esses princípios, será falsificada. Mas porque incoerente com as normas vigentes. Não pela sua injustiça. Importa, pois, alertar para o facto de as incorreções do sistema de fontes da jurisprudência dos valores contaminarem, porém, as meta-teorias sobre a função das teorias jurídicas quando destas resulte a rejeição de uma teoria que, sendo coerente com o ordenamento vigente, seja considerada desconforme a parâmetros extrapositivos que não encontrem qualquer tipo de integração nas fontes. Também no sentido, que, pelas razões que se acabam de expor, se considera incorreto, de a justiça dos resultados aos quais levam os modelos de decisão ser critério de falsificação das teorias jurídicas, ALEXANDRE MOTA PINTO, «Falibilismo» jurídico? Ensaio de aplicação ao direito do modelo metódico da falsificação, proposto por Karl Popper, in *ARS Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Coimbra, Coimbra, 2010, 919 ss.

consequentemente, para saber se algum princípio *que não o da tutela da confiança* prescreve a cominação de deveres acessórios, designadamente, de deveres de informação. E isto porque, como nota Schwarze, «onde a confiança depositada não permita já sustentar o resultado pretendido, e ainda que se consiga manter terminologicamente o contexto de uma teoria da confiança, materialmente esta é abandonada. A «confiança» torna-se então uma camuflagem para fundamentos de responsabilidade das mais variadas proveniências»<sup>45</sup>. É, assim, a própria tese que fundamenta os deveres acessórios, e, em particular, os deveres acessórios de informação, no princípio da tutela da confiança, que, ao prescindir, ainda que em apenas alguns casos, da verificação de uma efetiva situação de confiança, aponta no sentido da cominação de deveres de informação em circunstâncias nas quais o respetivo beneficiário *não confiou* em que lhe seria prestada essa informação e – ao tornar-se, com esta admissão, inconsistente com as suas premissas – a indiciar a necessidade de indagação da existência e identificação de outros fundamentos de deveres acessórios de informação.

A admissão, nesta fase ainda conjectural, da existência de deveres de informação, que não encontram o seu fundamento na tutela da confiança do respetivo beneficiário, não implica a rejeição da aptidão do pensamento da confiança para fundamentar deveres acessórios e, em especial, deveres de informação. É certo que inexistente um dever genérico de corresponder à confiança alheia<sup>46</sup>. Mas, em rigor, o

<sup>45</sup> Cfr. ROLAND SCHWARZE, *Vorvertragliche Verständigungspflichten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, 111. No mesmo sentido, cfr. ainda RAINER LOGES, *Die Begründung neuer Erklärungsspflichten und der Gedanke des Vertrauensschutzes*, cit., 78 ss., WOLFGANG THIELE, *Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung*, JZ, 1967, 21, 651 ss., este ultimo a propósito dos deveres acessórios de proteção, e DIETER MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, C.F. Müller, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2010, 187. Entre nós, a mesma ideia foi robustamente apresentada, como prolegómeno de uma depuração radical entre a responsabilidade pela violação de deveres acessórios de comportamento e a responsabilidade pela confiança, por MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., *passim*, em especial 381 ss., no que constitui um desenvolvimento do que já havia sido escrito pelo A. em *Contrato e deveres de proteção*, cit., 251 ss.

<sup>46</sup> Quanto a este ponto, parece pacífico que assiste razão a MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., 395 ss. Como o A. bem salienta, o reconhecimento de um dever *geral* de corresponder à confiança alheia «representaria uma pesadíssima restrição à liberdade individual dos sujeitos [a qual] compreende, tanto a possibilidade de acalantar a confiança, como a faculdade também de a destruir» (397). O reconhecimento desse dever seria, consequentemente, «inconciliável com a liberdade individual, de reconhecimento indeclinável para o Direito» (*idem*, 398), bem como incoerente com o sistema de fontes das obrigações, o qual, ainda que «não formulado *de iure constituto* nos termos de um rígido *numerus clausus*» assenta no primado dessa liberdade, de onde resulta que este «ficaria completamente subvertido se se aceitasse impender sobre os sujeitos, com caráter geral, a obrigatoriedade das condutas que se revelassem necessárias à preservação de expectativas alheias» (*idem*, 399). Existe, assim, uma tensão entre tutela da confiança e liberdade individual de ação, que perpassa todas as situações em que se equaciona a cominação de deveres de corresponder à confiança gerada em outrem, e cuja resolução não pode passar pela

reconhecimento da idoneidade do princípio da confiança como razão justificativa da cominação de deveres de conduta não se confunde com a aceitação desse dever genérico. Esta relação de não implicação entre a aceitação do princípio da tutela da confiança como fundamento de deveres acessórios de conduta e a afirmação de um dever geral de correspondência às expectativas criadas noutrém deve-se ao caráter *prima facie* do imperativo de tutela da confiança enquanto diretriz de regulação jurídica<sup>47</sup>. O princípio da tutela da confiança apenas logrará a constituição de um

completa postergação da liberdade individual. A questão da justificação da cominação de deveres acessórios, através do princípio da tutela da confiança, como se pretende sustentar no texto que sucede esta nota, não tem, contudo, de ser resolvido – nem deve ser resolvido – em moldes de «tudo ou nada». Dito de outra forma: há uma diferença radical entre, por um lado, a proposição segundo a qual o princípio da tutela da confiança pode servir de razão justificativa da cominação de deveres de informação e, por outro, a proposição segundo a qual existe um dever geral de corresponder à confiança alheia – a qual não pode, pelas razões expostas, ser aceite. A refutação desta última não implica a inaptidão *in totum* do princípio da tutela da confiança para a fundamentação de deveres acessórios.

<sup>47</sup> Enquanto princípio jurídico, o princípio da tutela da confiança apresenta-se como um *imperativo de otimização* (*Optimierungsgebot*), caracterizado por ser suscetível de cumprimento *em diferentes graus*, dependendo do grau do seu cumprimento das possibilidades fáticas e jurídicas em cada caso: a confiança no comportamento futuro de um sujeito, cuja constituição a ele seja imputada, deve ser tutelada dentro destas possibilidades. Entre as circunstâncias determinantes da «possibilidade jurídica» do cumprimento de um princípio num caso concreto figura a existência de princípios de sinal contrário que com aquele colidam, como, no caso, será paradigmaticamente o princípio geral de liberdade. De resto, importa salientar que os conflitos entre princípios não implicam a exclusão do princípio preterido do ordenamento e a consequente prevalência em todos os casos caracterizados por idêntica colisão do contraprincípio colidente. Antes, esses conflitos carecem de uma resolução através da ponderação de ambos os princípios, atendendo ao «peso ou importância» que a cada um pode ser atribuído no caso concreto. Assim, cada princípio estabelece um sentido de regulação *prima facie*, apenas sendo apto para ditar uma solução de concretos problemas jurídicos após a respetiva ponderação com os princípios de sinal contrário que, no caso, com ele colidam. O facto de o critério normativo resultante dessa ponderação não refletir as exigências *prima facie* de um dos princípios não implica a sua preterição absoluta, nem exclui a sua prevalência noutras circunstâncias fáticas – eventualmente semelhantes – que convoquem a colisão entre os mesmos dois princípios (para o conceito de princípio aqui utilizado, com antecedentes em RONALD DWORKIN, *The Model of Rules I*, in *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978, 14 ss., cfr. ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt-am-Main, 1994, 71 ss., JAN SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Nomos, Baden-Baden, 1990, *passim* e, entre nós, DAVID DUARTE, *A norma de legalidade procedimental administrativa*, Almedina, Coimbra, 2006, 129 ss. Em benefício da clareza, importa notar que o recorte da classe dos «princípios», enquanto tipo de parâmetro normativo, é feito de acordo com critérios diferentes de autor para autor (salientando este aspeto, BERND RÜTHERS/CHRISTIAN FISCHER, *Rechtstheorie/Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, C.H. Beck, München, 2010, 472 e, entre nós, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 1159 ss., ambos com enunciações desses diferentes significados), o que torna turvo o respetivo discurso. As diferenças entre os conceitos de princípios formulados pela teoria do direito não correspondem – pelo menos em grande medida – a divergências sobre a caracterização dos mesmos



dever de corresponder à confiança alheia quando, consideradas todas as razões juridicamente relevantes para a decisão do problema jurídico decidendo (*all-things-considered*), este prevalecer sobre princípios de sinal contrário, designadamente sobre o princípio que concede aos sujeitos a liberdade geral de ação<sup>48</sup>. É certo que, sendo o conjunto de razões relevantes para a ponderação dos princípios aqui colidentes, bem como a sua relevância, diferente de caso para caso, a atendibilidade da tutela de uma «situação de confiança concretamente existente»<sup>49</sup>, através da cominação de um dever de informação ao sujeito a quem a criação dessa situação de confiança é imputável, dependerá «[d]as especificidades que a envolvem»<sup>50</sup>: consoante a conformação dessas circunstâncias, diferentes razões poderão ser invocadas a favor ou contra a prevalência do princípio da tutela da confiança nessa colisão. Mas isso não torna a invocação do princípio da tutela da confiança numa «ociosa inutilidade»<sup>51</sup>: o princípio da tutela da confiança continua a ser a razão justificativa da cominação dos deveres, ainda que secundado por todas as razões que determinam a sua prevalência *in casu* sobre o princípio da liberdade geral de ação<sup>52</sup>. Nem constitui um obstáculo à fundamentação de deveres acessórios

*quae* (designados como «princípios»), mas antes a diferentes usos dessa palavra. Não são, portanto, incompatíveis entre si. Assim, um mesmo dado normativo pode caracterizar-se como «princípio» num uso dessa palavra e já não noutra. Pense-se, como exemplos, no «princípio da tipicidade dos direitos reais» ou no «princípio da causalidade», que, sendo corretamente caracterizados como «princípios» quando essa palavra for usada para referir os dados normativos identitários de um sistema jurídico, não serão certamente «princípios» no uso em que a palavra se refere às «normas jurídicas que exprimem imperativos de otimização», como é feito em texto: a sua aplicação apenas pode ser feita em moldes de «tudo ou nada» (*in an all-or-nothing fashion*).

<sup>48</sup> Sobre a distinção entre juízos práticos *prima facie* e juízos práticos *all-things-considered*, cfr. ALEKSANDER PECZENIK, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, 76-77.

<sup>49</sup> Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., 400.

<sup>50</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>51</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>52</sup> Entende MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., 401, n. 410, que a necessidade da averiguação caso a caso dos pressupostos de que depende o mérito da tutela da confiança coloca dificuldades a quem admita que o dever de atuar de boa fé realiza a proteção da confiança e, simultaneamente, aceite a necessidade de verificação, em cada caso concreto, dos pressupostos do investimento e da justificação da confiança para que essa proteção opere. A irrelevância do investimento de confiança enquanto pressuposto constitutivo de deveres acessórios de boa fé, designadamente de deveres de informação, foi já *supra* rejeitada. Quanto ao pressuposto da justificação da confiança, as eventuais dificuldades colocadas parecem poder ser torneadas se essa justificação se perspetivar, não como pressuposto da relevância *prima facie* do princípio da tutela da confiança (ao contrário do que sucederia com os pressupostos da existência de uma situação subjetiva de confiança e da imputação da confiança, cfr. *supra*, n. 35) mas como fator determinante da ponderação entre tutela da confiança e liberdade geral de ação. Esta distinção torna-se mais facilmente apreensível quando se tem presente que os elementos de um sistema móvel não são pressupostos integrantes de uma previsão normativa, que operam como condições necessárias da respetiva aplicação, mas descrições dogmáticas das condições das quais depende a

no princípio da tutela da confiança a afirmação de que o dever de conduta, nas circunstâncias em que é cominado, não seja cognoscível *ex ante* pelo respetivo sujeito passivo: no momento da ação, o sujeito deparar-se-á com razões para agir, estabelecidas pelo ordenamento, ainda que, de sentido contrário (o imperativo de não frustrar as expectativas geradas e a permissão de atuar em sentido contrário às expectativas criadas). Se esse sujeito passivo *falha no cumprimento* desse dever de conduta por *falhar no conhecimento* desse parâmetro, para além do problema da ilicitude ter-se-á a questão da exclusão da culpa<sup>53</sup>.

Em síntese, considera-se a teoria da confiança apta a fundamentar deveres acessórios de conduta, e em especial deveres acessórios de informação: esses deve-

cominação de um efeito jurídico perante o sistema na sua totalidade, quando este compreende vectores normativos heterogêneos, frequentemente colidentes e postuladores de uma concordância prática através de juízos de ponderação – como são, aqui, os princípios da tutela da confiança e da liberdade geral de ação.

<sup>53</sup> Não se ignora que a correta ponderação – e consequentemente a cognição do estatuto deontico (permissão ou imposição) da correspondência à confiança alheia – pode ser de difícil execução no momento em que a conduta é exigida ao sujeito passivo do dever de informação. Mas a dificuldade da execução da correta ponderação não significa a sua impossibilidade. Nestas situações, apenas três situações são logicamente possíveis: ou (i) o agente realiza corretamente a ponderação e atua em conformidade com as exigências da ordem jurídica no caso concreto, informando o beneficiário, ou (ii) o agente erra na ponderação e, devido a esse erro, não informa o beneficiário, ou (iii) o agente não realiza uma qualquer ponderação e atua simplesmente em desconformidade com as exigências da ordem jurídica por na sua deliberação prática não influir o princípio segundo o qual deve (ênfatize-se: *prima facie*) corresponder à confiança criada noutrem, comunicando-lhe os factos em cuja informação o beneficiário confiou. Os casos (i) e (iii) não colocam problemas de maior. Os casos (ii) afiguram-se mais delicados. A dificuldade aí prende-se com o erro do sujeito passivo sobre a conduta que lhe era juridicamente imposta. O erro aqui implicado em nada prejudica o juízo de licitude dirigido à conduta do agente. Em causa está apenas uma situação de falta de consciência da ilicitude e o problema da sua relevância desculpabilizante de ilícitos civis (sobre este aspeto, cfr. *infra*, n. 223). Este enquadramento tem paralelo na dogmática penal sobre o conflito de deveres onde (cfr. o artigo 36.º, n.º 1, do Código Penal) o conhecimento pelo agente do parâmetro de conduta que lhe é imposto também depende de uma ponderação no momento da ação: a solução aí encontrada para os casos em que o agente erra na ponderação dos deveres passa também pelo critério do erro sobre a ilicitude, cfr. WILFRIED KÜPER, *Differenzierung zwischen Rechtsferigungs- und Entschuldigungsgründen: Sachgerecht und notwendig? Überlegungen am Beispiel von «Notstand», «Pflichtenkollision» und «Handeln auf dienstliche Weisung»*, in *Rechtfertigung und Entschuldigung/Rechtsvergleichende Perspektiven* (Hrsg. Esser/Fletcher), I, Max Planck, Freiburg, 1987, 355 e WILHELM GALLAS, *Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund*, in *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag* (Hrsg. Engisch/Maurach), C.H. Beck, München, 1954, 319. O paralelo apenas releva quanto à colocação do problema (i.e. à sua situação no campo dos erros de direito). Quanto aos critérios relevantes para a resolução do problema, a situação coloca-se de forma diferente nos campos dos ilícitos penais e dos ilícitos civis, nomeadamente por os critérios dos artigos 16.º, n.º 1, na parte em que se refere aos erros de direito, e do artigo 17.º, do Código Penal, não serem transponíveis para o âmbito civil, devido ao artigo 6.º (cfr. *infra* n. 239)

res são cominados sempre que um sujeito gerar noutro uma situação subjetiva de confiança em que determinada informação lhe será transmitida, e essa confiança for suficientemente justificada – ou, em alternativa, a falta de suficiente justificação da confiança for compensada por uma especial intensidade dos pressupostos da situação subjetiva de confiança ou da imputação da confiança. A falta de qualquer um destes dois pressupostos por último referidos não é, todavia, compensável pela especial intensidade da justificação da confiança. Desta forma, apenas é pertinente equacionar a cominação de deveres de informação com base no princípio da tutela da confiança quando o potencial beneficiário do dever de informação tiver confiado da transmissão dos factos em causa. Questiona-se, porém, se é possível considerar que um sujeito que se encontra adstrito ao cumprimento de deveres de informação ainda que este não tenha confiado na prestação dessa informação. Este aspeto tem especial importância na análise dos deveres de informação a que o credor fidejussório está adstrito perante o fiador. Assim é pois, em contraste com a amplitude das situações em que o fiador está numa situação de carência informativa, são incomuns as situações em que o credor fidejussório constitui no espírito do fiador uma efetiva situação de confiança em que de futuro lhe transmitirá determinadas informações<sup>54</sup>. Tendo-se concluído que o pensamento da confiança não é apto a configurar, nesses casos, o fundamento de deveres acessórios, essa questão deve ser convolada na interrogação sobre a existência de outros princípios jurídicos, que partilhem com este a vocação fundamentadora de deveres acessórios de informação.

### 2.3. *A «materialização» do direito do negócio jurídico, as suas consequências na dogmática dos deveres de informação e a sua incorreção*

As fundamentações alheias à teoria da confiança não são invulgares no panorama da atual dogmática dos deveres de informação. Uma parte significativa da doutrina, tendo em mente, principalmente, os deveres de informação *in contrahendo*, concebe estes deveres como um instrumento de compensação de disparidades informativas, as quais seriam constitutivas de situações de disparidade

<sup>54</sup> A afirmação feita em texto tem caráter de descrição de uma regularidade fática, que se julga ser verdadeira. Assumindo essa afirmação como verdadeira, e pretendendo-se estabelecer critérios de solução aptos a resolver os casos paradigmáticos em que se coloca a questão da adstrição do credor fidejussório a deveres de informação perante o fiador, trabalhar-se-á em texto com a hipótese da inexistência de confiança do fiador na transmissão da informação como hipótese fática paradigmática.

de poder negocial<sup>55-56</sup>. Assim, os deveres de informação teriam como função evitar que os sujeitos carecidos de informação tomassem decisões contrárias aos

<sup>55</sup> Cfr. JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., 360 («se o princípio da boa fé constitui o fundamento jurídico, o fundamento material – nessa medida, a fonte – reside na desigualdade ou desnível da informação»), seguido por EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo). O caso da indução negligente em erro*, Almedina, Coimbra, 2010, 33 – qualificando (35-36) os deveres de informação como «o instrumento ideal para operar a proteção do contraente mais débil, uma vez que irá onerar mais fortemente o contraente mais forte». Entre nós, remete-se ainda, sem pretensões de exaustividade, para RITA AMARAL CABRAL, *Anotação ao acórdão arbitral de 31 de março de 1993*, in ROA 55 1995, 212, ALMENO DE SÁ, *Responsabilidade bancária*, Coimbra, Coimbra, 1998, 55 ou SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2008, 54-55. Saliente-se que esta conceção dos deveres de informação é, por regra, apresentada como alternativa, e não como complementar, a uma teoria dos deveres de informação *ex bona fide* alicerçados na tutela da confiança do beneficiário das informações.

<sup>56</sup> O critério da proteção da parte mais fraca é também incorporado em algumas das formulações paradigmáticas das teorias que apresentam os deveres acessórios de informação como concretização do princípio da tutela da confiança. Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., 584, afirma que «os deveres de informação são mais intensos face a entidades qualificadas e fortes, perante parceiros débeis», relembrando, na página 1278 da mesma obra, as virtualidades da regra de conduta segundo a boa fé para a prossecução, na prática, da tutela do contraente débil, através da cominação de uma «teia adequada de deveres de informação e de lealdade». A afirmação encontra paralelos em CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 305 ss. e 528 ss., que indica entre os critérios de imputação de uma situação de confiança ao potencial sujeito passivo de um dever a «superioridade económica ou intelectual». Contudo, como ROLAND SCHWARZE, *Vorvertragliche Verständigungspflichten*, cit., 99, aponta a CANARIS, o merecimento de tutela de uma situação subjetiva de confiança criada por outrem é independente das qualidades dos sujeitos em causa: funda-se antes na ideia de que quem interfere com a esfera de outrem, criando ou fomentando expectativas no seu espírito, não deve, *prima facie*, frustrar essas expectativas, sempre que essas sejam justificadas. A concretização dos pressupostos da tutela da confiança não dão, assim, espaço, para uma diferenciação em função da debilidade do potencial beneficiário do dever. Estas diferenciações são assim, na pureza dos princípios, um *corpo estranho* ao pensamento da tutela da confiança, que apenas se pode justificar, não neste princípio, mas através de outros vetores normativos que com ele concorram. O carácter estranho do efeito «nivelador» que atribui aos deveres de informação face ao pensamento da confiança é, aliás, reconhecido por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., 651, que ao justificar «a existência, a carga da parte experiente e sabedora perante o contraente débil, de deveres particulares de informação, seja *in contrahendo*, seja na pendência contratual, seja *post pactum finitum*» através de «vetores que, não correspondendo, em rigor, a situações de confiança, se aproximam de princípios genéricos que constituem as traves mestras da ordem jurídica». A imputação aos deveres de informação marcados por uma finalidade tuteladora das partes mais fracas depende, assim, da existência de vetores sistemáticos que cominem um nivelamento informativo, os quais serão outros que não o princípio da tutela da confiança. Como se verá em texto nas páginas seguintes, a descrição dos deveres de informação como instrumentos niveladores do «poder negocial» entre os sujeitos, suscita as maiores reservas.

seus interesses<sup>57</sup> ou «assegurar às partes um bom negócio, ou pelo menos um negócio justo»<sup>58</sup>. Concebidos desta forma, os deveres de informação dispensam, em absoluto, a confiança do seu beneficiário na transmissão de informações. O pressuposto central, ainda que não exclusivo, para a cominação de deveres de informação encontrar-se-ia na existência de uma situação de disparidade informativa, cuja compensação se imporia.

Esta conceção não pode ser dissociada de um concreto entendimento global sobre o direito do negócio jurídico e sobre a autonomia privada: a razão pela qual a paridade de poder negocial entre as partes de um negócio jurídico seria um objetivo prender-se-ia com a sua necessidade para que um conteúdo contratual «justo» fosse alcançado<sup>59</sup>. Pelo que, assim entendidos, «os deveres de informação são uma parte essencial da materialização» do direito do negócio jurídico<sup>60</sup>. O mérito desta conceção, quanto aos deveres de informação, está, portanto, dependente da aceitabilidade da conceção de fundo que lhe subjaz.

Na base de todo o discurso sobre a materialização do direito do negócio jurídico encontra-se a constatação de que o modelo negocial liberal assentaria em pressupostos *ficciosos*<sup>61</sup>. A ficção estaria na premissa de que todas as pessoas são igualmente livres – o que seria desmentido pela (por vezes crassa) disparidade entre os sujeitos em interação no tráfego jurídico quanto ao poder de influenciar o conteúdo dos contratos celebrados. O negócio jurídico apenas poderia ser descrito como verdadeiro ato de autodeterminação quando e na medida em que as partes tivessem a *efetiva* possibilidade de fazer refletir a sua vontade no conteúdo do negócio – o que não sucederia naqueles casos em que a disparidade de poder

<sup>57</sup> Cfr. HERBERT ROTH, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 5. Auflage, C.H. Beck, 2007, § 242, n.º 204.

<sup>58</sup> Cfr. JOHANNES KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag/Zur Haftung aus geschäftsbezogenez Handel*, Mohr, Tübingen, 1981, 125.

<sup>59</sup> Cfr. STEPHAN GRUNDMANN, *Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law*, in *CMLR*, 39, 2002, 280: «if the asymmetric distribution concerns information relevant for the contract, the contract mechanism is no longer a guarantee for normally adequate rules (“Richtigkeitsgewähr”). Levelling the information positions in the parameters relevant to the transaction becomes necessary».

<sup>60</sup> Cfr. ROLAND SCHWARZE, *Vorvertragliche Verständigungspflichten*, *cit.*, 5. Sobre o conceito de «materialização» do direito do negócio jurídico, em geral, salientando, aliás, que, sendo esta uma das «palavras chave» das atuais discussões sobre o direito do negócio jurídico, raramente é feito um esforço no sentido da sua precisão, cfr. CLAUD-WILHELM CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner «Materialisierung»*, in *AcP*, Bd. 200, 2000, 276-292.

<sup>61</sup> Cfr. os textos paradigmáticos de ERNST KRAMER, *Die «Krise» des liberalen Vertragsdenkens*, Wilhelm Fink, München/Salzburg, 1974, *passim*, em especial 19 ss., e de BARBARA DAUNER-LIEB, *Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher/Systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983, 51-61.

negocial levasse a que o conteúdo do contrato fosse inteira ou predominantemente determinado pela parte contratual mais forte<sup>62</sup>. Assim, do próprio princípio da autodeterminação, que subjaz ao reconhecimento da autonomia privada e da liberdade contratual, resultaria uma diretriz de compensação das disparidades de poder negocial. Em que consiste esta «disparidade» justificadora da intervenção de mecanismos compensadores e quais os fatores tidos como desequilibradores são questões cuja análise não pode ser feita nesta sede<sup>63</sup>. Basta referir que, entre a doutrina que sustenta esta «materialização» do direito do negócio jurídico e a capacidade de rendimento da ideia de «paridade» entre as partes, a existência de assimetrias informativas é um dos fatores unanimemente referidos: se uma das partes tem conhecimento de factos relevantes para o contrato que não são conhecidos da sua contraparte, ela estará numa situação relativamente privilegiada para obter, através das negociações, um conteúdo contratual mais favorável ou, pelo menos, para rejeitar conteúdos contratuais menos favoráveis<sup>64</sup>.

Esta conceção, dita «material», do direito do negócio jurídico falha, contudo, pelo menos, em dois aspetos: na leitura que faz das premissas do modelo negocial liberal e na funcionalização da autodeterminação dos sujeitos jurídicos à obtenção

<sup>62</sup> Paradigmático, distinguindo um sentido formal de liberdade contratual («autonomia juridicamente concedida e limitada») e um conceito material de liberdade contratual, que consistiria na «efetiva possibilidade de transpor essa autonomia formal, através do instrumentário jurídico, para a realidade», é o texto de MANFRED WOLF, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, Mohr, Tübingen, 1970, 19 ss.

<sup>63</sup> Remete-se a este propósito para o (muito lúcido) tratamento do conceito «paridade» que é feito por GÜNTHER HÖNN, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, C.F. Beck, München, 1982, 88 ss. De salientar é o esforço do autor na seleção das corretas bitolas para a aferição da existência de uma situação de paridade ou de disparidade: critérios meramente empíricos, bem como critérios suprapositivos são imprestáveis para este efeito. A identificação de uma perturbação da paridade entre as partes justificadora da intervenção de medidas de compensação apenas pode ser corretamente aferida por critérios retirados do ordenamento jurídico vigente. Esta afirmação, à qual se adere, não implica necessariamente a adesão à tese sustentada pelo A. de que, aferido através de critérios jurídico-positivos, o conceito de «paridade» redundaria numa fórmula vazia, razão pela qual a capacidade de rendimento do conceito se restringiria à revelação de conexões de sentido entre as várias regulações específicas destinadas a proteger as partes legalmente tipificadas como mais fracas (*op. cit.*, 99).

<sup>64</sup> Ilustrativa quanto a este aspeto: BARBARA DAUNER-LIEB, *Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher*, *cit.*, *passim* e, em especial, 105-108, que aliás, restringe a admissibilidade da refração de um entendimento formal-abstrato do princípio da igualdade insito no modelo social do liberalismo à cominação de deveres de informação niveladores de défices informativos. A existência, *ceteris paribus*, de situações de assimetria informativa entre as partes, no que concerne às condições em que estão para negociar um contrato favorável, é, enquanto apreciação fática, indubitável. O que se discute – e em texto se nega – é se existe no ordenamento alguma diretriz normativa que imponha o *nivelamento* das posições das partes.

de conteúdos negociais «justos». Em primeiro lugar, não é verdade que as inegáveis disparidades fácticas de poder negocial coloquem qualquer problema às teorias liberais do contrato. Assim é porque a «igualdade» e a «liberdade» de que estas partes não são premissas fácticas, mas premissas normativas. A concessão de poderes autónomos pelo ordenamento é um instrumento de *concessão* de liberdade (positiva)<sup>65</sup> aos sujeitos jurídicos, o qual (por esses sujeitos, na falta de desigualdades justificativas de tratamentos diferenciadores, *deverem* ser tratados de forma igual) é distribuído em igual medida entre eles. O carácter deóntico da premissa faz com que ela não seja suscetível de refutação através de proposições descritivas, como são as que se referem às frequentes disparidades de poder económico, de experiência negocial e de informação existentes entre as partes de um contrato. Por outro, todo o discurso sobre a «materialização» do direito do negócio jurídico assenta numa funcionalização da autonomia privada e da liberdade negocial: o fundamento de validade do negócio jurídico não se encontraria na autodeterminação dos sujeitos enquanto tal, mas nos resultados valiosos que a interação livre dos sujeitos permitiria alcançar<sup>66</sup>. Esta conceção é, porém, incoerente com o nosso

<sup>65</sup> Sobre a diferença entre liberdade positiva e liberdade negativa, cfr., por todos, ISAIAH BERLIN em *Two Concepts of Liberty* (1958), republicado em *Liberty* (ed. H. Hardy), Oxford University Press, Oxford, 2002, 166 ss.: «The “positive” sense of the word “liberty” derives from the wish on the part of the individual to be his own master. I wish my life and decisions to depend on myself, not on external forces of whatever kind. I wish to be the instrument of my own, not of other men’s, acts of will. I wish to be a subject, not an object; to be moved by reasons, by conscious purposes, which are my own, not by causes which affect me, as it were, from outside. I wish to be somebody, not nobody; a doer – deciding, not being decided for, self-directed and not acted upon by external nature by other men as if I were a thing, or an animal, or a slave incapable of playing a human role, that is, of conceiving goals and policies of my own and realizing them». Já o conceito negativo de liberdade é definido pelo próprio como a *ausência de obstáculos* colocados ao indivíduo na prossecução dos seus fins.

<sup>66</sup> A derivação do valor da liberdade contratual da bondade dos resultados que esta permite alcançar encontra, no espaço jurídico continental, a sua defesa clássica na teoria do *Vertragsmechanismus* de WALTER SCHMIDT-RIMPLER, inicialmente formulado numa perspectiva *de jure condendo*, inserida no quadro da *Rechtsemerung* nacional-socialista, em *Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts*, in AcP, 147, 1941, 130 ss., e posteriormente desenvolvida em *Zum Vertragsproblem*, in *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen/Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag* (Hrsg. BAUER/ESSER/KÜBLER/STEINDORFF), Mohr, Tübingen, 1974, 3 ss. No pensamento de SCHMIDT-RIMPLER, o contrato seria um mecanismo caracterizado por uma pretensão de assegurar a justiça do seu conteúdo (*Richtigkeitsgewähr*). A tendencial justiça dos conteúdos contratuais seria o resultado do jogo de mútuas cedências, o que evidentemente não sucede nas situações de disparidade de poder negocial. Essa pretensão só seria alcançada em situações de tendencial paridade, pelo que seria o próprio fundamento de validade do contrato a justificar medidas compensadoras «mesmo contra as vontades injustas». A subjacência deste modelo à conceção dos deveres de informação como instrumento de nivelamento é denunciada, por exemplo, pelo papel que STEPHAN GRUNDMANN, *Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law*, cit., 280

ordenamento jurídico: nem o regime do negócio jurídico exprime preocupações genéricas de promover a justiça dos conteúdos negociais<sup>67</sup>, nem essa conceção é conforme a um sistema constitucional «basead[o] na dignidade da pessoa humana» (artigo 1.º CRP) e que reconhece o livre desenvolvimento da personalidade como direito fundamental (artigo 26.º, n.º 1 CRP), perante o qual a possibilidade de cada sujeito conformar a sua vida de acordo com as próprias opções é, pelo menos *prima facie*, objeto *em si mesmo* (*i.e.* independentemente de qual seja o sentido das preferências desse sujeito) de uma valoração positiva<sup>68</sup>. Os conceitos de autonomia privada, de liberdade negocial e de autodeterminação são, assim, conceitos absolutamente «formais» (*hoc sensu*): o fundamento de validade do negócio jurídico decorre do valor reconhecido pelo ordenamento à possibilidade de os sujeitos jurídicos poderem dispor autonomamente sobre o conteúdo das suas próprias esferas jurídicas e de conformarem a sua vida em função das suas preferências subjetivas. A pergunta pela justiça do conteúdo negocial é, assim, incongruente com este fundamento, dado que implicaria aferir a validade dos contratos por parâmetros heterónomos, como são sempre os critérios de justiça. No domínio do negócio jurídico, vale, portanto, a máxima *stat pro ratione voluntas*<sup>69</sup>.

atribui à *Richtigkeitsgewähr* na argumentação que desenvolve no sentido da conceção dos deveres de informação como instrumento de nivelamento da posição das partes.

<sup>67</sup> O critério de interpretação decorrente do artigo 237.º visa apenas resolver casos em que a aplicação dos critérios gerais de interpretação das declarações negociais sobre o significado juridicamente relevante da declaração, num contexto em que os critérios primários de interpretação (paradigmaticamente, o que decore do artigo 236.º, n.º 1) não exprimem qualquer preocupação com a justiça dos conteúdos negociais e, no regime da usura, a promessa ou a concessão de «benefícios excessivos ou injustificados» não tem eficácia invalidante autónoma, ficando a sua operatividade enquanto causa de invalidade dependente da cumulativa verificação de uma perturbação na formação da vontade («necessidade, ligeireza, dependência, estando mental ou fraqueza de carácter») da parte prejudicada (artigo 282.º, n.º 1).

<sup>68</sup> Cfr., *inter alia*, WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts/Das Rechtsgeschäft*, Springer, Berlin, 1992, 6-7, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Vertrauenshaftung*, cit., 414 e mais recentemente, REINHARD SINGER, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärung*, C.H. Beck, München, 1995, 6 ss.

<sup>69</sup> Cfr. WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., 6. Isto não equivale, saliente-se, ao esvaziamento valorativo do direito do negócio jurídico. Pelo contrário, como salientam CANARIS e SINGER, a rejeição da materialização do direito do negócio jurídico exprime uma conceção da pessoa como sujeito moral autónomo e, assim, radica-se na qualidade do Homem que, desde KANT, se tem designado de «dignidade» (cfr., CLAUS-WILHELM CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner «Materialisierung»*, cit., 284), o que exprime um pensamento de justiça fundamental (cfr. ainda REINHARD SINGER, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärung*, cit., 43).



Os pontos anteriores sustentam a ideia de que não existe nenhuma diretriz jurídica genérica que prescreva o nivelamento das posições informativas das partes. Carecendo o conceito de boa fé de preenchimento através de valorações recolhidas do sistema, apenas seria possível aceitar-se a conceção dos deveres acessórios como instrumento de compensação de disparidades informativas, se esta finalidade pudesse, de alguma forma, ser inferida do ordenamento jurídico. Contudo: a igualitarização das partes quanto à informação de que dispõem para a tomada de decisões negocialmente relevantes *não encontra reflexo no sistema*. Logo, o fundamento material dos deveres de informação não pode ser encontrado na necessidade de *nivelar* as informações de que as partes dispõem.

A estes obstáculos, que prejudicam a própria procedência da ideia de «materialização» do direito do negócio jurídico no seu campo paradigmático de aplicação, acresce que a correspondente conceção dos deveres de informação é formulada tendo exclusivamente em vista a interação *pré-contratual*, não sendo claro como é que seria transposta para a resolução de problemas jurídicos sobre a obrigatoriedade da transmissão de informação em que esta não fosse relevante para a formação de consensos quanto aos efeitos jurídico-negociais a pôr em vigor, o que engloba todas as áreas problemáticas dos deveres acessórios de informação e dos deveres de informação *post pactum finitum*. Afinal, onde os deveres de informação não antecedam a instituição de efeitos jurídicos através de um ato necessariamente consensual, como um contrato, e apenas contribuam para formar uma base deliberativa da prática de atos institutivos de efeitos jurídicos de carácter unilateral (atos jurídicos simples ou negócios jurídicos unilaterais) ou de operações materiais, esta ideia de equilíbrio fático instrumental de um equilíbrio substancial dos conteúdos negociais postos em vigor vê-se desamparada dos seus pressupostos de aplicação.

#### 2.4. O princípio da autodeterminação como fundamento de deveres de informação

A rejeição da funcionalização da autodeterminação à obtenção de conteúdos justos não significa que a voluntariedade dos comportamentos comunicativos seja condição suficiente da ausência de perturbações no exercício de autodeterminação. É uma afirmação comum dizer que a vontade negocial deve ser «livre e esclarecida»<sup>70</sup>. Interessa, aqui, o segundo destes aspetos: apenas correspondem

<sup>70</sup> Cfr., ilustrativamente, não obstante as oscilações terminológicas, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil/Teoria geral II*, Coimbra, Coimbra, 2003, 135 ss., ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, cit., 781 ss., PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, Almedina, Coimbra, 2011, 653 ss., PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, 344 ss., KARL LARENZ/MANFRED WOLF, *Allgemeiner*

a um exercício não perturbado de autodeterminação aquelas decisões que forem tomadas com um nível suficiente de informação. Esta proposição, que não parece suscitar dúvidas, infere-se, desde logo, do regime do erro-vício (artigos 251.º, 252.º n.ºs 1 e 2, e 253.º). Este regime desqualifica as declarações negociais, e (*ex vi* artigo 295.º) os atos jurídicos, que tenham sido praticados em desconhecimento ou sobre erradas suposições da realidade. Havendo erro sobre o objeto, os motivos, ou a base do negócio, abre-se uma alternativa: ou (i) existem razões juridicamente relevantes para não prejudicar a validade do ato<sup>71</sup> que no caso se sobreponham ao princípio da autodeterminação – o qual, desta forma, é parcialmente sacrificado – *v.g.*, razões relativas à tutela da confiança da contraparte ou à tutela do tráfego jurídico<sup>72</sup>, ou (ii) o ato é qualificado como anulável, o que atribui ao sujeito, que praticou o ato sob erro, uma segunda possibilidade de autodeterminação correta, confirmando ou impugnando o ato praticado<sup>73</sup>. Ou seja: *prima facie*, a validade dos de autodeterminação é feita depender da informação de que o sujeito que os pratica dispõe na decisão de os praticar ou omitir – ainda que razões extrínsecas possam determinar a validade do ato, mesmo quando essa informação é considerada insuficiente. Note-se, contudo, que o regime do erro é apenas uma concretização das exigências materiais do princípio da autodeterminação num campo exíguo: este apenas regula as situações em que a falta de conhecimento

*Teil des Bürgerlichen Rechts*, C.H. Beck, München, 2004, 436, REINHARD BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, 296 e DIETER MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, C.F. Müller, Heidelberg, 2010, 77 ss.

<sup>71</sup> Uso, aqui, a palavra «ato» para referir, tanto os negócios jurídicos, como os atos jurídicos em sentido estrito.

<sup>72</sup> A afirmação feita em texto prende-se com o problema do fundamento de validade do negócio jurídico, que, não obstante sendo determinado, na sua celebração, por alguma perturbação na formação da vontade de (pelo menos) um dos declarantes, ou por as declarações que lhe dão vida divergirem da «vontade real» dos respetivos declarantes, não preenche todos os pressupostos para a sua invalidação, ainda que na forma de anulabilidade. Assim, a reserva mental não conhecida pelo declaratório não implica a invalidade da declaração (artigo 244.º, n.º 2), o erro na declaração não torna esta anulável sempre que o declaratório não conhecesse, e pudesse desconhecer, a essencialidade do elemento sobre o qual incidiu o erro (artigo 247.º), o mesmo valendo para o erro sobre a pessoa ou sobre o objeto do negócio (artigo 251.º) e os erros sobre os motivos são tendencialmente irrelevantes (artigo 252.º, n.º 1). Em todos estes casos não existe uma autodeterminação perfeita do declarante. Não obstante, a declaração é válida. Isto deve-se à confluência do princípio da tutela da confiança ou da sua expressão dessubjetivizada do princípio da tutela do tráfego (cfr. a este propósito *infra* n. 230) – os quais determinam, *prima facie*, que aquilo que aparenta ser uma declaração válida seja tratado como uma declaração válida – e não a uma delimitação intrínseca do conteúdo do princípio da autodeterminação (neste sentido, por todos, e essencialmente no mesmo sentido, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, cit., 418 e PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., 418 ss.).

<sup>73</sup> Cfr. REINHARD SINGER, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärung*, cit., 58 ss.

de factos relevantes é determinante da prática de um ato, deixando de fora todas as situações em que um ato *não é praticado* em virtude de um défice da base informativa sobre a qual o agente forma a decisão de não o praticar. Por outro lado, o regime do erro não pode ser explicado apenas por referência ao princípio da autodeterminação. A este regime subjaz uma constante tensão entre esse princípio e os princípios da tutela da confiança e da tutela do tráfego<sup>74</sup>. Esta tensão permite inferir que o conteúdo próprio, prévio à sua *compressão* por estes dois princípios, do princípio da autodeterminação, tem como condição da sua *otimização* que a base factual, de que os agentes disponham para tomarem decisões sobre a prática de atos, integre a totalidade dos factos relevantes para essas decisões. Esta percepção permite recuperar o princípio da autodeterminação como fundamento de deveres acessórios de informação, após a rejeição de uma conceção «material» deste princípio<sup>75</sup>. Esta parece ser a posição de Carneiro da Frada, que, após a depuração da responsabilidade pela confiança da infração de deveres de comportamentos cominados pela boa fé, os quais corresponderiam a concretizações da exigência de um comportamento probo, honesto ou leal<sup>76</sup>, descreve os deveres (pré-contratuais) de informação como um «desvio ao princípio da autorresponsabilidade na [recolha de informação, *justificado*] particularmente pelo sacrifício que a sua manutenção implicaria para um adequado exercício da autonomia privada negocial»<sup>77</sup>. Estes deveres visariam «favorece[r] uma *esclarecida e consciente formação da vontade de contratar* daquele que estava carenciado de elucidação»<sup>78</sup>; a sua finalidade seria, em suma, «proporcionar as bases adequadas de uma decisão (minimamente) *consciente e livre*»<sup>79</sup>.

Em sentido semelhante parece ir, ainda que de forma parcial e não completamente assumida, o modelo monograficamente apresentado por Breidenbach. Mau grado a invocação da tutela da confiança como «fundamento de responsabilidade» (*Haftungsgrund*) no qual assentariam os deveres de informação (aspeto no

<sup>74</sup> Cfr. *supra*, n. 69.

<sup>75</sup> Como sustenta, designadamente, STEPHAN GRUNDMANN, *Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law*, cit., 280-281 («as normas sobre deveres de informação têm sempre como escopo permitir às partes a tomada de decisões substancialmente autónomas»).

<sup>76</sup> Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., 431 ss.

<sup>77</sup> Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., 486 (itálico acrescentado).

<sup>78</sup> *Idem*, *Ibidem* (itálico no original).

<sup>79</sup> Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., 489, que se afasta das tendências materializadoras do direito do negócio jurídico, *v.g.*, ao afirmar que «pelo menos por princípio, o direito civil deixa às partes a valoração da justiça do contrato: não a impõe, nem a syndica, no que não vai senão o reconhecimento da autonomia dos sujeitos. Cuida antes de lhes proporcionar as bases adequadas de uma decisão (minimamente) *consciente e livre*. Aqui está a função primordial dos deveres pré-contratuais» (*op. cit.*, 488-489).

qual segue Canaris, para quem remente amplamente<sup>80)</sup> o modelo de cominação de deveres pré-contratuais e acessórios de informação que o A. apresenta não se deixa descrever de forma coerente como assentando exclusivamente, ou sequer principalmente, na tutela da confiança do credor de informação. Nesse modelo, o princípio da tutela da confiança assume relevância em dois momentos. Por um lado, interviria na delimitação das relações nas quais estes deveres acessórios podem ser cominados, *i.e.*, na delimitação das relações obrigacionais legais unitárias<sup>81</sup>. Por outro, o princípio da tutela da confiança é invocado como fundamento de um (e apenas um) dos elementos sobre os quais Breidenbach constrói o seu sistema móvel no qual assenta a cominação de deveres acessórios de informação<sup>82</sup>: em síntese, este elemento exprime que a assunção, por um sujeito, de *funções sociais* alarga a possibilidade da sua interferência na formação da vontade das suas contrapartes e, conseqüentemente, intensifica a relação de confiança, de resto já constituída através do contacto negocial, destas para consigo<sup>83</sup>. Quanto mais

<sup>80</sup> Cfr. STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, cit., 47-51. Não deixa de ser indiciário da parcial incoerência da teoria de BREIDENBACH com a identificação desse fundamento que o A. adira a essa conceção pela negativa («no que diz respeito ao fundamento de responsabilidade pela violação de deveres de informação relacionados com a celebração dos contratos, não há motivo para afastar a sua recondução à responsabilidade pela confiança», *idem*, 47).

<sup>81</sup> Cfr. STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, cit., 47-50.

<sup>82</sup> Cfr. STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, cit., 73-78.

<sup>83</sup> Cfr. STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, cit., 73. A operatividade deste elemento exige, por um lado, a identificação das funções que o potencial sujeito passivo do dever de informação assume e, num segundo momento, a aferição da intensidade da relação de pertença da disponibilização da informação objeto do dever cuja cominação se indaga com aquele círculo funcional, ou seja, da integração da transmissão dessa informação nas *leges artis* daquela função (*idem*, 75). Para a determinação da função do potencial onerado com o dever e da respetiva extensão (*i.e.*, do seu «círculo funcional») dever-se-ia atender «ao conjunto das circunstâncias fáticas e às relações entre as partes», designadamente, às funções que são desempenhadas no mercado pelo grupo profissional ou pelo setor empresarial em que se insere o potencial sujeito passivo (*idem*, 75-76) ou às declarações, expressas ou tácitas, desse sujeito, mediante as quais este invocasse a sua inserção em determinado setor funcional (*idem*, 76). Identificado o círculo funcional do potencial devedor de informação, seria necessário aferir a existência de uma relação entre o desempenho da função em causa e a prestação de cada informação objeto do potencial dever e, em caso afirmativo, a intensidade dessa relação (*idem, ibidem*). Quanto a este ponto, a argumentação de BREIDENBACH é meramente enunciativa: não apresenta critérios que devam presidir a esses juízos, limitando-se a apresentar *exemplos* de ligações entre a transmissão de certas informações e alguns «círculos funcionais»: (i) por a função assumida pelo banco na intermediação de instrumentos financeiros abranger o aconselhamento do cliente, estes teriam de esclarecer espontaneamente os clientes de todos os factos relacionados com esse instrumento; (ii) sempre que um banco distribuisse um instrumento financeiro como «aprovado pelo Banco» (*bankgeprüft*), a disponibilização da informação que tivesse obtido ou devesse obter para a realização da análise do instrumento seria «uma consequência material da função [assumida] e resultante da Natureza das Coisas»; (iii) no âmbito do sistema de pagamentos, a função dos bancos

intensa fosse a relação de um dever de informação com o «círculo funcional» do potencial sujeito passivo do dever, *ceteris paribus*, mais ponderosas seriam as razões para cominar esse dever<sup>84</sup>. No restante, os fatores de que, neste modelo, depende a cominação de deveres de informação não se deixam reconduzir à ideia de tutela da confiança, que alegadamente serviria de fundamento a todos esses deveres. O próprio autor restringe a relevância que o princípio da tutela da confiança assume no recorte dogmático dos deveres de informação a um «ponto de partida» para a sua determinação. Com isto assume a insuficiência deste princípio para o efeito e reconhece a necessidade de recorrer a critérios independentes do pensamento da confiança para resolver problemas jurídicos sobre a adstrição *ex bona fide* de sujeitos a deveres de informação<sup>85</sup>. Contudo, desta forma, a sua conceção dos deveres de informação deixa de ser monista, no que concerne ao respetivo fundamento. Uma análise dos critérios propostos pelo Autor confirma-o. Breidenbach propõe um modelo de três elementos básicos, conjugado em moldes de sistema móvel<sup>86</sup>. Para além daquele que se refere à relação da informação com o «círculo funcional», são estes (i) a carência informativa do beneficiário da informação<sup>87</sup> e (ii) a disponibilidade da informação pelo sujeito passivo do dever<sup>88</sup>. A justificação

consistiria exclusivamente em assegurar a rápida e imperturbada transferência de pagamentos, e não em verificar a adequação do pagamento realizado pelo cliente – pelo que a transmissão de informações exorbitaria o círculo funcional em que, neste contexto, o banco se inseriria; (iv) um mediador que atuasse como mero intermediário para o comprador e também como consultor para o vendedor, não teria de informar o comprador sobre o acordo celebrado com o vendedor segundo o qual o valor do preço alcançado que excedesse determinado montante ser-lhe-ia devido como comissão – assim seria, pois, perante o vendedor, a função do mediador cingir-se-ia a examinar o objeto da compra e venda (*idem*, 77-78).

O alicerçar da relevância no princípio da tutela da confiança, ainda que pretendido pelo autor, esbarra nos mesmos obstáculos com que se depara qualquer conceção normativa ou objetivada de confiança, que este elemento pressupõe. Afinal, não se pergunta, aqui, se o beneficiário do dever confiou na transmissão da informação, quando a existência de uma situação subjetiva de confiança é um pressuposto inarredável da invocação do princípio da tutela da confiança (cfr. *supra*, § 2.2.). Em contraste, BREIDENBACH (*idem*, 73), ao fazer corresponder a inserção da transmissão de dada informação ao círculo funcional do sujeito potencialmente adstrito à respetiva transmissão a uma razão para a cominação desse dever, quando esse círculo não é necessariamente recortado em função de perceções do potencial beneficiário do dever, prescinde da verificação de uma situação subjetiva de confiança – como, aliás, é demonstrado pelos exemplos acima enunciados.

<sup>84</sup> Cfr. STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss*, cit., 75.

<sup>85</sup> Cfr. STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss*, cit., 51.

<sup>86</sup> Cfr. STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss*, cit., 61 ss.

<sup>87</sup> Cfr. STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss*, cit., 62-70.

<sup>88</sup> Cfr. STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss*, cit., 70-72.

deste último prende-se com a liberdade do devedor de informação: a adstrição de um sujeito a comunicar a outrem factos que, no momento em que essa adstrição é estabelecida, lhe são desconhecidos, implica uma restrição da sua liberdade mais profunda do que a adstrição de comunicar ao mesmo beneficiário factos dos quais já tem conhecimento, na medida em que sobre ele faz impender o ónus de encetar todas as condutas necessárias à sua obtenção. Ora, este requisito não exprime a relevância de qualquer fundamento dos deveres de informação: antes exprime o valor da liberdade do potencial sujeito passivo, enquanto razão para a *não cominação* de deveres de informação, com a qual o fundamento dos deveres de informação – qualquer que ele seja – se encontrará sempre numa relação de tensão. Já o requisito da carência informativa exprime inversamente uma razão *para a cominação* desses deveres. Quanto mais relevante uma informação for para a tomada de decisões pelo potencial beneficiário do dever, tanto maior será o peso que este elemento terá na ponderação através da qual se afere a sua cominação<sup>89</sup>. A bitola pela qual se afere o peso deste elemento prende-se com a sua necessidade para a constituição de uma base informativa suficiente para a decisão a tomar pelo potencial beneficiário do dever de informação. Nessa medida, o «escopo de proteção» dos deveres de informação encontrar-se-ia na tutela da «liberdade da vontade» (*Willensfreiheit*)<sup>90</sup>. Ainda que este nunca seja nominado pelo autor, parece claro que, aqui, a promoção de uma situação em que quem decide tenha um conhecimento suficiente dos factos relevantes para essa decisão, concretiza uma exigência do princípio da autodeterminação, ou que, por outro prisma, é o princípio da autodeterminação que confere uma razão juridicamente relevante para a cominação de deveres cujo cumprimento supra ou atenua carências informativas do respetivo beneficiário<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> Cfr. STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, cit., 63.

<sup>90</sup> Cfr. STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, cit., 63.

<sup>91</sup> Assim, ao contrário do papel que estes assumem, por exemplo, no modelo de CANARIS (cfr., por exemplo, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Schutzgesetzen – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983* (Hrsg. Canaris/Diederichsen), C.H. Beck, München, 1983, 90 ss.), no qual BREIDENBACH, se baseia, a tutela da autodeterminação do respetivo beneficiário não é apenas a *função*, o que por todos é reconhecido, mas o (pelo menos co-) fundamento dos deveres de informação. Estes dois tipos afirmações não se equivalem: as afirmações sobre a «função» tuteladora da formação da vontade dos deveres de informação, como descrições, de tipo sociológico, sobre o funcionamento real das figuras, independentemente da sua investidura dogmática (cfr. JOSEF ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts/Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Mohr, Tübingen, 1956, 341), são compatíveis com a fundamentação desses deveres em princípios que não se dirijam à tutela da vontade das partes. As descrições funcionais incidem, assim, sobre os efeitos produzidos pela cominação de uma posição jurídica, independentemente de estes corresponderem à finalidade subjacente a essa cominação (cfr. KLAUS F. RÖHL/HANS CHRISTIAN RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre/Ein Lehrbuch*, 3. Auflage, Heymanns, 2008, 264, que assim diferencia o discurso sobre

Nesta descrição, o princípio da autodeterminação constitui, *prima facie*, fundamento para a concretização da boa fé, enquanto parâmetro de correção de condutas adotadas no âmbito de ligações especiais, como cominando aos sujeitos deveres de informação em benefício das suas contrapartes, quando estas não tenham conhecimento de todos os factos relevantes para se autodeterminarem quanto à aspetos conexos com essa relação. Não passando a razão para a cominação destes deveres pela tutela da confiança do respetivo beneficiário, resulta, em coerência, que a cominação dos deveres de informação fundamentados no princípio da autodeterminação é indiferente à existência de uma situação subjetiva de confiança na transmissão dessa informação no espírito do beneficiário.

A identificação do princípio da autodeterminação, como fundamento idóneo da constituição de deveres de informação *ex bona fide*, fornece um ponto de partida para a identificação de critérios para a cominação de deveres de informação independentemente da confiança do respetivo beneficiário – apresentando-se como um enquadramento dogmático preferível, por manter a consistência entre o fundamento invocado e as situações nas quais pretende cominar deveres de informação, ao invés do resultante da normatização da confiança<sup>92</sup>. Mas, dito isto, a identificação de um fundamento idóneo da cominação de deveres de informação não é suficiente para a resolução de problemas jurídicos. Para isso é necessário identificar os critérios de que a cominação desses deveres depende. Como tem vindo a ser salientado, a cominação de deveres resulta sempre na restrição da liberdade do respetivo sujeito passivo – liberdade essa que não é uma

as funções do discurso teleológico: este último incidiria sobre os efeitos de uma ação (ou de uma norma) a cuja produção esta se dirige). Sobre a distinção entre o discurso funcional e o discurso teleológico a propósito dos deveres de informação, cfr. ROLAND SCHWARZE, *Vorvertragliche Verständigungspflichten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, 9-10).

<sup>92</sup> Lateralmente note-se que este fundamento dos deveres de informação permite ainda um enquadramento satisfatório do problema, conexo com o aqui tratado, da cominação de *deveres de verdade* às partes de uma relação contratual. Como nota MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., 483 ss., estes deveres, por definição, não se destinam a assegurar quaisquer expectativas do declaratório. É certo que as declarações trocadas entre as partes e, em especial, as declarações *falsas*, são geradoras de expectativas nos respetivos declaratórios. Essas expectativas são, porém, geradas pelo próprio ato cuja ilicitude é qualificada pelo dever de verdade. O dever de verdade entre as partes, a ser cominado pelo ordenamento, não pode ter como fundamento o princípio da tutela da confiança, dado que a confiança do sujeito tutelado é *necessariamente* posterior ao comportamento regulado. Será, pois, incongruente alicerçar a imputação de danos com fundamento no princípio da responsabilidade pela confiança na infração de uma vinculação que seja prévia à própria situação de confiança (*op. cit., loc. cit.*). Numa teoria dos deveres de informação que fosse coerente na recondução destes a uma manifestação do princípio da tutela da confiança, a verificação de uma situação de confiança seria pressuposto inafastável da respetiva cominação. A verificação do estado subjetivo de confiança seria aí necessariamente prévia ao momento da constituição de dever, sendo esta sequência inversa à que se verifica na violação de deveres de verdade (*op. cit.*, 589 ss.).

mera condição ôntica, mas o produto de uma permissão jurídico-normativa genérica, igualmente com caráter de princípio, que, portanto, fornece uma razão *prima facie* para a não cominação de deveres acessórios e, em especial, de deveres de informação. É, assim, necessário identificar critérios que permitam aferir, em cada caso, a prevalência entre as exigências estabelecidas pelo princípio da autodeterminação e as exigências do princípio de liberdade geral, os quais funcionarão, assim, como *critérios de colisão*.

Não obstante, a identificação de razões juridicamente relevantes para e contra a cominação de deveres de informação, ainda que acompanhada da formulação de meta-critérios que determinem a procedência de algumas dessas razões, não permite senão formular quadros muito genéricos de identificação das situações em que se justifica ultrapassar os padrões de conduta estabelecidos pelo direito delitual e adstringir heteronomamente (*i.e.*, sem que tal resulte de negócio jurídico) um sujeito a deveres específicos destinados a evitar perturbações na autodeterminação alheia. Modelos dogmáticos mais precisos, e conseqüentemente mais satisfatórios, apenas podem ser alcançados numa análise com um grau de concretude mais elevado. É isso que adiante se procurará fazer a propósito dos deveres de informação do credor fidejussório perante o fiador<sup>93</sup>.

### 2.5. *A pluralidade de princípios fundadores da cominação de deveres acessórios de informação*

Da curta análise realizada nos pontos anteriores retiram-se algumas conclusões nas quais pode assentar uma teoria dos deveres acessórios de informação. A primeira é a de que, não obstante as críticas de que tem sido alvo, o princípio da tutela da confiança é apto a fundamentar deveres acessórios de conduta e, em especial, deveres acessórios de informação. Este princípio apresenta, assim, um argumento para atribuir à locução «proceder de boa fé», no artigo 762.º, n.º 2, um significado segundo o qual apenas procede dessa forma aquele que adequa o seu comportamento às expectativas justificadas que criou no espírito de outrem. No entanto, este princípio tem como pressuposto da sua aplicação a existência de uma situação subjetiva de confiança – a qual tem de ser demonstrada: a cominação de deveres de informação com fundamento na tutela da confiança do respetivo beneficiário tem como pressuposto que o potencial devedor de informação tenha previamente induzido, no beneficiário desse dever, a crença de que, futuramente, lhe transmitirá determinada informação. A imposição a um sujeito de comportamentos em que outro «deve poder confiar» extravasa já os limites daquilo que o princípio da tutela da confiança logra justificar, pelo que são improcedentes todas

<sup>93</sup> Cfr. *Infra*, § 4.2.



as teorias que pretendam justificar a cominação de deveres de informação com o princípio da tutela da confiança e simultaneamente fazer depender a cominação dos deveres de informação apenas de parâmetros objetivos, abdicando da verificação de uma situação subjetiva de confiança.

A análise realizada revelou ainda que o princípio da autodeterminação apresenta também uma razão justificativa da adstrição de sujeitos à prestação de informações a outrem. A exigência do sistema de que os sujeitos disponham de bases informativas suficientes para a tomada das suas decisões, expressa neste princípio, é apta a influir na atribuição de significado da locução «boa fé» e, conseqüentemente, na determinação dos comportamentos devidos entre dois sujeitos numa ligação especial. As exigências deste princípio não passam pela confiança do beneficiário dos deveres que nele encontram a sua razão justificativa.

Com isto, chega-se à conclusão de que, tal como defenderam paradigmaticamente Wiedemann e Schwarze, não existe um fundamento *único* para a cominação de deveres de informação *ex bona fide*<sup>94</sup>. Desta forma, para que a adstrição de um sujeito à prestação de informação a outrem seja cominada, é suficiente que um destes princípios ofereça uma razão justificativa suficiente para essa vinculação<sup>95</sup>.

Os pressupostos de que depende a cominação de um dever acessório de informação com fundamento no princípio da tutela da confiança foram já oportunamente elencados e depurados dos pressupostos da *responsabilidade civil* pela violação de deveres de informação cominados com fundamento no princípio da tutela da confiança. Em suma, a constituição de um dever de informação *ex bona fide* postula a verificação de uma situação de confiança subjetiva do sujeito ativo do dever na futura transmissão de determinada informação pelo respetivo sujeito passivo, a qual seja justificada face aos dados do sistema, e que possa ser imputada ao sujeito a quem o dever acessório de informação é cominado<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> Cfr. ROLAND SCHWARZE, *Vorvertragliche Verständigungspflichten*, cit. 93 e HERBERT WIEDEMANN, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen/Kohlhammer-Kommentar*, II, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln, 1990, vor. § 247, n.º 121 – que, após salientar que «não existe uma explicação unitária para a adstrição das partes a deveres de boa fé», indica dois fundamentos dos deveres *in contrahendo*: a tutela da confiança do beneficiário desses deveres e a promoção do correto exercício por este da autonomia que lhe é reconhecida. No mesmo sentido, a propósito dos deveres *in contrahendo* em geral, pronunciavam-se já GERHARD FROTZ, *Verkehrsschutz und Vertretungsmacht/Zugleich ein Beitrag zur sozialen Verantwortung als Korrelat privatautonomer Gestaltungsfreiheit*, Athnaum, Frankfurt-am-Main, 1972, 57 ss. e KARL LARENZ, *Bemerkungen zur Haftung für «culpa in contrahendo»*, in *Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht/Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975* (hrsg. Flume/Raisch/Steindorff), Duncker & Humblot, Berlin, 1975, 398 ss.º

<sup>95</sup> Embora nada obste a que ambos concorram no caso para fundamentar essa adstrição. Será esse o caso sempre que o princípio da autodeterminação exigir a transmissão de determinada informação a um sujeito e, simultaneamente, o sujeito passivo do dever daí decorrente tiver criado no espírito do sujeito beneficiário do mesmo a crença justificada de que essa informação lhe seria por ele transmitida.

<sup>96</sup> Cfr. *supra* § 2.2.

Nas páginas seguintes procurar-se-á identificar os critérios de cuja ponderação depende a cominação de deveres de informação *independentes da confiança do respetivo beneficiário*, designadamente daqueles deveres de informação que se alicerçam na tutela da autodeterminação do seu beneficiário e não da tutela confiança por este depositada na futura transmissão de informações pelo potencial sujeito passivo do dever. Com a identificação destes critérios procurar-se-á traçar um quadro dogmático geral sobre o qual se possa, posteriormente, erigir modelos decisórios relativos ao problema da adstrição do credor fidejussório à transmissão de informação em benefício do fiador. Atendendo à invulgaridade das situações em que se pode dizer que o fiador *confia* que o credor fidejussório lhe transmitirá determinada informação relevante para a sua posição de garante, será este fundamento «objetivo» que assume a maior relevância da resolução do problema da adstrição do credor fidejussório a deveres de informação em benefício do fiador.

### § 3.º Elementos de um sistema móvel para a cominação de deveres acessórios de informação

#### 3.1. *A mobilidade dos elementos determinantes da cominação de deveres de informação independentes da confiança*

A perceção de que a cominação de deveres acessórios de informação não decorrentes do princípio da tutela da confiança se move num espaço de tensão entre a promoção da autodeterminação do beneficiário do dever e a garantia da liberdade do sujeito vinculado a informar, conjugada com a noção de que ambos os princípios em jogo são suscetíveis de prossecução em diferentes *graus*, permite concluir que a resposta à questão sobre a vinculação *ex bona fide* de um sujeito a prestar informações a outro, que não confiou nessa prestação de informações, passa necessariamente por uma *ponderação* entre o princípio da autodeterminação e o princípio de liberdade geral. Uma resposta afirmativa ou negativa à questão sobre se, no âmbito de uma ligação especial, determinada informação deve ser transmitida depende do peso relativo de cada um destes princípios no caso concreto, o que, por sua vez, depende das razões a favor e contra a obrigatoriedade da transmissão da informação, bem como das razões a favor e contra a restrição da liberdade do potencial sujeito passivo, que cada circunstância ofereça. Dada a contingência das razões disponíveis, bem como do respetivo peso, em cada situação concreta, é impossível indicar um conjunto de pressupostos fixos, cujo preenchimento seja condição necessária e suficiente da cominação de um dever de informação. Esta constatação é, hoje, amplamente aceite na doutrina, encontrando-se refletida, de alguma

forma, na maior parte das principais obras sobre deveres de informação das últimas décadas, a ideia de que a cominação destes deveres assenta num *sistema móvel*<sup>97</sup>.

A identificação de que todo o problema de cominação de deveres acessórios assenta numa tensão entre princípios colidentes e que a determinação do princípio prevalecente pressupõe uma operação de ponderação tem implicações quanto à precisão dos modelos decisórios que podem ser propostos para a resolução do

<sup>97</sup> Cfr., para além da já referida obra de STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, cit., em especial 61 ss., HOLGER FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, cit., 417 ss., STEPHAN LORENZ, *Das Schutz von dem unerwünschten Vertrag/Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht*, C.H. Beck, München, 1997, 319-33, KLAUS J. HOPT, *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken*, C.H. Beck, München, 1975, 414 ss., HANS-CRISTOPH GRIGOLEIT, *Vorvertragliche Informationshaftung/Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*, C.H. Beck, München, 197, 11, e FLORIAN BECKER, *Verhaltenspflichten und Haftung von Banken bei Kreditvergabe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, 72 ss. Sem referência à mobilidade do sistema, mas enfatizando a necessidade de uma «ponderação de interesses» na aferição da cominação de deveres de informação, cfr. DIETER MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, cit., 187-188 (a propósito, salientando as similitudes entre a linguagem da ponderação de princípios e a linguagem, algo obsoleta, da ponderação de interesses, KLAUS F. RÖHL/HANS CHRISTIAN RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, cit., 653). Próxima é também a conceção de MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, cit., 142-143, que, apesar de negar a pertinência do modelo do sistema móvel para a aferição da constituição de deveres de informação – por este pressupor que a decisão do caso concreto se possa basear num conjunto restrito de pensamentos fundamentais –, salienta que «existe uma pluralidade de fatores, que ou se modificam e restringem reciprocamente e são substituíveis entre si ou apenas em conexão uns com os outros podem assumir relevância», pelo que «as tentativas de fixar pressupostos fixos para a definição da existência de um dever de esclarecimento, de forma a que as consequências jurídicas possam ser determinadas através de um simples ato de subsunção, estão inevitavelmente votadas ao fracasso». O reparo com que HENSSLER se afasta do vocabulário do «sistema móvel» é pertinente: é impossível recortar um conjunto de elementos que, apesar de não se comportarem logicamente como pressupostos necessários e suficientes da cominação de deveres de informação, possam, através da interação entre si, servir de conjunto fixo de critérios (móveis) apto a resolver todas os problemas relativos à cominação, ou não, de um dever de esclarecimento. A riqueza das circunstâncias da vida pode sempre, ainda que em casos atípicos, convocar valorações da ordem jurídica que irrelevam na generalidade das circunstâncias nas quais se questiona a cominação de um dever de esclarecimento. Precisamente por esse motivo é também de concordar com o A. quando este retira dessa impossibilidade uma consequência para a formulação de uma dogmática dos deveres de esclarecimento: a ciência do direito deve focar-se em indicar os critérios mais relevantes e mais frequentemente pertinentes. Feita esta restrição, parece que o esquema concetual do sistema móvel continua a ser útil para exprimir a relação entre esses elementos – com a ressalva que a utilização da respetiva linguagem não pode fazer esquecer o conjunto de critérios indicados não pode ser visto como um conjunto fechado, apto a resolver qualquer problema sobre a cominação de deveres de informação. Na doutrina portuguesa, a ideia de mobilidade sustentada, ainda que muito sucintamente, por EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações os vícios da vontade*, cit., 40. Na comentária, merece ainda referência a anotação de HERBERT ROTH ao § 241 no *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., n.ºs 124-125.

problema jurídico em questão. Apenas é possível indicar os elementos que, nos casos paradigmáticos, influem na ponderação entre promoção da autodeterminação e liberdade e critérios para a avaliação do seu peso relativo. Este conjunto de elementos não pode pretender-se fechado, dado que, consoante as circunstâncias fácticas que suscitam um concreto problema de cominação de deveres de informação, podem ser convocados outros dados normativos que se apresentem como razões suplementares para a cominação ou para a não cominação desses deveres e que, por conseguinte, reclamem ser levados em conta na ponderação, dessa forma alterando o resultado da ponderação que seria alcançado exclusivamente considerando os elementos comuns<sup>98</sup>. Exemplo desta intervenção de elementos específicos, *i.e.*, de elementos que não influem na generalidade dos casos em que se questiona a cominação de um dever acessório de informação, é o da sujeição da informação, cuja obrigatoriedade da transmissão se questiona a um qualquer regime de sigilo, caso em que, como é evidente, das normas que qualificam essa informação como sigilosa, se extrai uma razão para a não cominação do dever de informação<sup>99</sup>. O inelutável casuísmo dos juízos de ponderação implica, assim, alguma falta de concretização das propostas de solução de problemas jurídicos que podem, neste domínio, ser fornecidas com generalidade. Um acréscimo de precisão – ainda que sem atingir a segurança fornecida por um sistema fixo – pode ser alcançado através de um posterior trabalho de formulação tipificadora de grupos de casos e à aplicação, aos mesmos, do modelo de decisão formulado com generalidade, indicando as soluções resultantes desse modelo para cada grupo de casos problemáticos<sup>100</sup>. Importa, porém, salientar que nunca é dogmaticamente satisfatória a simples indicação de *circunstâncias fácticas* como argumento contra ou a favor da cominação de deveres de informação<sup>101</sup>: toda a ponderação pressupõe um

<sup>98</sup> Cfr. a nota anterior e, no mesmo sentido, STEPHAN LORENZ, *Das Schutz von dem unerwünschten Vertrag*, cit., 317 ss.

<sup>99</sup> Sobre este ponto, cfr., a propósito dos deveres de informação dos credores fidejussórios sujeitos ao sigilo bancário, *infra* § 4.6.

<sup>100</sup> Cfr. STEPHAN LORENZ, *Das Schutz von dem unerwünschten Vertrag*, cit., 321.

<sup>101</sup> Esta prática é comum na literatura sobre deveres de informação. Como exemplo, *inter alia*, pode ver-se HERBERT ROTH, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 5. Auflage, C.H. Beck, 2007, § 241, n.º 136. Por vezes, esta ausência de referência ao parâmetro normativo que permite a formulação de um juízo sobre a circunstância fática indicada no sentido da cominação ou da não-cominação do dever consiste numa mera elipse: neste caso, haverá um decréscimo de clareza do discurso, mas não, na medida em que esse parâmetro possa ser subentendido, uma incompletude da teoria formulada. Contudo, nem sempre esses parâmetros podem ser inferidos do discurso dogmático: aí a putativa atribuição de relevância a puras circunstâncias de facto, desgarradas de uma qualquer valoração jurídica, redundam em meras propostas de soluções baseadas na intuição ou no sentimento de justiça, sendo, conseqüentemente, desprovidas de aptidão para a fundamentação de decisões jurídicas – e, assim, a dogmática falha no cumprimento da sua função de apresentar modelos

juízo de valor, pelo que a referência a um qualquer parâmetro jurídico-normativo é sempre necessária para que, de um aspeto da circunstância fáctica que convoca o problema da cominação de deveres de informação, se possa retirar uma *razão válida* para a cominação ou não cominação deste<sup>102</sup>.

### 3.1.1. *A carência informativa do potencial beneficiário da informação*

Identificado o fundamento dos deveres de informação independentes da confiança depositada pelo beneficiário da transmissão da informação no princípio da autodeterminação, e sendo estes deveres concebidos como instrumentos de promoção do esclarecimento da vontade do respetivo beneficiário, operando através do alargamento da base factual disponível para as decisões deste, o primeiro elemento a considerar consiste na carência informativa do potencial beneficiário da informação. Num primeiro degrau de relevância, este elemento tem, quando inexistente, caráter precludente da cominação de deveres de informação. Não se verificando uma situação de carência informativa, a adstrição do sujeito passivo do dever não é um meio adequado à promoção da autodeterminação do respetivo beneficiário, dado que o cumprimento desse dever não traria qualquer benefício marginal ao «esclarecimento da vontade» do beneficiário. Não haveria, nestes casos, qualquer razão justificativa para a restrição da liberdade do sujeito passivo do dever<sup>103</sup>. Semelhantemente, se o fundamento destes deveres de informação se prende com a promoção de circunstâncias que permitam um exercício não perturbado de autodeterminação, os factos que sejam irrelevantes para as decisões do sujeito nunca podem ser objeto de um destes deveres: também aí a sua comunicação não equivaleria a um maior grau de satisfação das exigências do princípio da autodeterminação<sup>104</sup>.

A relevância da informação para a autodeterminação do potencial beneficiário do dever de informação não opera apenas como fator excludente da cominação

de decisão devidamente fundamentados (cfr. ROBERT ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation/ Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt-am-Main, 1978, 307 ss. e AULIS AARNIO, *Reason and Authority/A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Dartmouth/Ashgate, Hans-Vermont, 1997, 188 ss.).

<sup>102</sup> Nesses casos, a estrutura argumentativa será inconsistente por pretender retirar consequências normativas (a cominação ou não cominação de um dever) de premissas meramente fáticas (cfr. JOSÉ DE SOUSA E BRITO, *O positivismo jurídico e a lei de Hume*, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço* (org. Moura Ramos/Ferreira de Almeida/Pais de Vasconcelos/Lima Pinheiro/Bruto/Mour Vicente), II, Almedina, Coimbra, 2002, 895 ss.).

<sup>103</sup> Em sentido semelhante, cfr. KLAUS J. HOPT, *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken*, cit., 415.

<sup>104</sup> Cfr. KLAUS J. HOPT, *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken*, cit., 414 ss. e DIRK OLZEN, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., §241 n.º 444.

de deveres de informação. Esta atua ainda como critério de *graduação* do peso da carência informativa do potencial beneficiário do dever de informação, cuja cominação se indaga: quanto maior for a importância do conhecimento de determinada informação, tanto maior será, *ceteris paribus*, o peso do princípio da autodeterminação na sua ponderação com a liberdade do potencial sujeito passivo do dever<sup>105</sup>. Contudo, as referências à «essencialidade» da informação, ou a expressões sinónimas, levantam problemas quanto à sua concretização. A relevância de um facto para a tomada de uma decisão depende, pelo menos em grande medida, de preferências subjetivas e de idiosincrasias do agente. Essas preferências – das quais, por vezes, mesmo o próprio agente não tem consciência da relevância que lhes atribui até ao conhecimento desses factos – são evidentemente incognoscíveis por terceiros, não podendo, portanto, assumir o papel de bitola na atribuição de relevância a um facto e, conseqüentemente, na determinação do peso relativo que ao elemento «carência de informação», no caso, é atribuído. Assim, ou as avaliações subjetivas do sujeito potencialmente tutelado pela cominação de um dever de informação são, de alguma forma, por ele exteriorizadas<sup>106</sup>, ou é necessário lançar mão de critérios objetivos que se substituam a esses comportamentos comunicativos na estipulação daquilo que, para estes efeitos, *vale como* essencial para o potencial beneficiário do dever de informação. Os regimes do consentimento do lesado e da gestão de negócios oferecem pistas para a obtenção desses critérios de forma sistematicamente coerente e, assim, para a mensuração da relevância de determinada informação para o sujeito potencialmente tutelado por um dever de informação, quando este não tenha exteriorizado as suas preferências: nesses casos, a mensuração da relevância da informação deve ser feita tendo como parâmetro,

<sup>105</sup> Cfr. STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, cit., 63, DIETER MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, cit., 187 (a propósito dos deveres de informação na compra e venda de automóveis: «um risco na pintura não tem a mesma relevância de uma avaria no sistema de travagem»), KLAUS J. HOPT, *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken*, cit., 414 ss., cfr. DIRK OLZEN, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., §241 n.º 444, salientando que, no que concerne aos deveres pré-contratuais de informação, uma informação é relevante quando seja apta a fazer o destinatário dessa informação abster-se da celebração do contrato. Já quanto aos deveres de informação cominados após a celebração do contrato, a relevância da informação seria função da probabilidade da sua interferência nos bens jurídicos da contraparte, HERBERT ROTH, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 241, n.º 130, que, fazendo referência à jurisprudência do BGH, refere «significado essencial têm, principalmente, as circunstâncias capazes de frustrar o fim do contrato» e, no mesmo sentido, HANS-CRISTOPH GRIGOLEIT, *Vorvertragliche Informationshaftung*, cit., 7. Entre nós, cfr. EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade*, cit., 31-33.

<sup>106</sup> Como diz STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, cit., 63, «compete a cada parte exteriorizar a essencialidade de uma determinada informação através de declarações, perguntas, determinações de escopo, etc.».

sucessivamente, a vontade presumível e o interesse do potencial beneficiário da informação<sup>107</sup>.

No sentido com que se pretende aqui usar a locução, a existência de uma *carência informativa* não é apenas afastada quando o potencial beneficiário do dever tem conhecimento dos factos em questão. À situação de efetivo conhecimento devem ser equiparadas aquelas em que o potencial beneficiário do dever de informação tem a *possibilidade* de aceder a esses factos por outra via que não a prestação de informação pelo potencial sujeito passivo do dever. Essencial para a concretização deste elemento é, portanto, a identificação da existência de vias que permitam ao potencial beneficiário do dever aceder a essa informação: por os factos poderem ser conhecidos seja através de atuações isoladas do sujeito, seja através da colaboração juridicamente não vinculada de terceiros, seja ainda através do exercício de pretensões informativas do potencial beneficiário contra terceiros. Contudo, entre os pólos da impossibilidade de obtenção da informação desconhecida e o desconhecimento de factos públicos, que sendo de acesso generalizado por qualquer pessoa exigiriam um esforço mínimo do beneficiário para o seu conhecimento, existe um amplo intervalo<sup>108</sup>. Não suscita dúvidas a afirmação de que é neste imenso espaço intermédio que se inserem a generalidade das situações perante as quais se suscitam questões sobre a cominação e a extensão de deveres de informação. É, portanto, sobre estas que deve incidir a formulação de modelos de decisão, o que, no caso,

<sup>107</sup> Tanto no regime do consentimento do lesado (artigo 340.º, n.º 3), como em vários pontos do regime da gestão de negócios [artigos 465.º, alínea a), 466.º, n.º 2 e 468.º, n.º 1] a vontade presumida é equiparada à vontade real do sujeito. É, porém, pacífico que aquela só releva quando a vontade real não for conhecida. A vontade presumida funciona, portanto, como *sucedâneo* da vontade do sujeito. Por outro lado, em todos estes preceitos, a conformidade com a vontade (real ou presumida) aparece lado a lado com o requisito da conformidade com o interesse, respetivamente, do lesado ou do dono do negócio. O *escalonamento* destes critérios é um problema que tem sido amplamente discutido a propósito da gestão de negócios e que depende de conceções de fundo sobre o ordenamento jurídico-civil, bem como de questões dogmáticas mais amplas, designadamente da operatividade do conceito de «interesse» para estabelecer critérios positivos, os quais não podem ser, pela natureza sucinta deste estudo, discutidos nesta sede. O problema nesta sede encontra-se, porém, simplificado, por – mesmo aceitando que o conceito de interesse possa exprimir uma utilidade objetiva da informação para o beneficiário –, não serem concebíveis em que uma informação presumivelmente desejada pelo beneficiário do dever seja contra o seu interesse (sobre a discussão entre a hierarquização entre vontade e interesse no quadro dos deveres do gestor do negócio, cfr. as sínteses de LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, cit., 487 ss. e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II/III, cit., 94 ss.). O conhecimento é sempre *útil*. Contudo, admitindo-se uma contradição, estando-se num domínio de liberdade dos sujeitos, não regulado por normas injuntivas (caso contrário, o problema da cominação de deveres de informação *ex bona fide* não se colocaria – a questão seria resolvida diretamente por essas normas), a prevalência deve ser dada à vontade presumida do potencial beneficiário da informação.

<sup>108</sup> Cfr. HOLGER FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, cit., 426–426.

significa identificação de critérios capazes de traçar a linha entre a informação desconhecida pelo sujeito, cujo conhecimento deve depender exclusivamente do seu esforço e aquela informação, também desconhecida, cuja transmissão a esse sujeito é qualificada como devida através da adstrição de outrem a um dever de informação. A este propósito é frequente a invocação do «cumprimento do ónus de autoinformação» como critério<sup>109</sup>: apenas seria admissível a adstrição de um sujeito à transmissão de informação a outrem quando este último tivesse feito os possíveis para obter, pelos seus meios, essa informação. Mas este critério só seria operativo se contribuísse para a identificação do *esforço devido* na recolha de informação. O recurso ao critério do *bonus pater familias*, contido no artigo 487.º, n.º 2, enquanto lugar paralelo, improcede<sup>110</sup>. Desde logo, porque, desta forma, se apela a uma bitola de culpa para resolver uma ponderação subjacente à constituição de um dever – logo, a um parâmetro de licitude. Esta diferença tem implicações que privam a bitola de diligência expressa através da figura do *bonus pater* de qualquer utilidade neste âmbito: enquanto bitola de culpa, o critério contido no artigo 487.º, n.º 2, pressupõe a prévia violação de um dever. A diligência aí referida é a diligência *na prossecução do cumprimento do dever violado*. Ao contrário do que aí sucede, na ponderação subjacente à cominação de um dever de informação, não existe um dever, enquanto dado prévio, sobre o qual se possa formular um juízo de diligência exigível no respetivo cumprimento. A existência do dever é, precisamente, o objeto da questão formulada – o que prejudica que o critério do 487.º, n.º 2, seja transposto para a destrição entre a informação, cuja transmissão a um sujeito dela carecido, a ordem jurídica qualifica como devida e aquela que, sendo relevante para o sujeito, não é objeto de qualquer dever.

Com a noção de «ónus de autoinformação», pretende-se delimitar a informação cujo conhecimento apenas compete ao agente recolher, não tendo este o direito de a reclamar de outrem, da informação que o agente pode reclamar de um terceiro, ou a cuja transmissão um terceiro é adstrito. Colocado o conceito nesta dicotomia, resulta claro, porém, que as proposições sobre a extensão da informação objeto de deveres de informação e as proposições sobre a extensão do «ónus de autoinformação» são reciprocamente interdefiníveis: há «ónus de autodeterminação» onde não há dever e há dever onde não há «ónus de autodeterminação». A aparente vacuidade do conceito de «ónus de autodeterminação» – uma vez esvaziado da remissão para a bitola do artigo 473.º, n.º 2 – revela, assim, uma dependência precisamente da mesma ordem de razões

<sup>109</sup> Cfr. EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade*, cit., 25 ss.

<sup>110</sup> Utiliza-o EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade*, cit., 27–28.



de que depende a cominação do dever de informação<sup>111</sup>. É, portanto, inapto para delimitar, dentro das situações em que é possível ao potencial beneficiário do dever aceder, por si mesmo, à informação, aquelas nas quais o dever de informação é cominado.

No que concerne à possibilidade do acesso à informação para efeitos da concretização do elemento relativo à carência informativa do potencial beneficiário parece, então, preferível atribuir, sempre que for possível o acesso à informação, maior ou menor peso a este elemento em função da probabilidade de obtenção dessa informação, bem como do esforço e do custo necessários para essa obtenção. A graduação da relevância da carência informativa é, assim, o produto de dois coeficientes, designadamente a relevância da importância da informação em causa para o sujeito tutelado pelo dever e a onerosidade da obtenção da informação pelo próprio interessado. São estes fatores que vão determinar o peso das razões que permitem sustentar uma conclusão acerca da cominação ou não cominação de deveres de informação de boa fé, e não da delimitação *ex ante* de esferas sujeitas ao dito «ónus de autodeterminação».

A refutação da chamada «materialização» do direito do negócio jurídico tem como corolário na dogmática dos deveres de informação a irrelevância do desnível informativo, bem como da disparidade de poder negocial entre as partes em geral. A amplitude dos conhecimentos do potencial sujeito passivo do dever sobre factos potencialmente relevantes para o respetivo beneficiário, ou a envergadura do poder económico deste, não são fatores aptos a atribuir maior ou menor peso ao princípio da autodeterminação. Nem se pode dizer, com correção, que «a carência informativa legítima de uma parte é tanto maior, quanto mais pronunciada for o sobre peso intelectual ou económico da outra parte»<sup>112</sup>. Não obstante, e enquanto observação de uma mera regularidade empírica, nota-se que, em grande parte das situações que são usualmente referidas como de disparidade típica entre as partes (pense-se, por exemplo, nas relações entre o cliente bancário individual e o banco, entre o tomador de seguro individual e o segurador ou entre o investidor não qualificado e o intermediário financeiro), verifica-se que a «parte mais fraca» carece frequentemente de informação que lhe é relevante. Haverá, então, uma razão para a cominação à sua contraparte de deveres de informação que a adstringam à comunicação dos respetivos factos. A circunstância operativa do maior peso do princípio da autodeterminação nesse caso será, contudo, não o desnível de informação enquanto tal, nem os especiais conhecimentos técnicos

<sup>111</sup> Cfr. o ponto análogo, a propósito do princípio da autorresponsabilidade, em REINHARD SINGER, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärung*, cit., 13.

<sup>112</sup> Cfr. VOLKER EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6. Auflage, C.H. Beck, 2005, 87.

do potencial devedor de informação<sup>113</sup>, mas apenas a carência informativa em si mesma considerada<sup>114</sup>: o juízo subjacente não assenta na relação entre a informação disponível a ambas as partes, mas antes na relação entre a informação de que o potencial beneficiário do dever de informação dispõe e o conjunto dos factos cujo conhecimento seria relevante para a sua autodeterminação. O mesmo vale relativamente às «características pessoais» do potencial beneficiário do dever<sup>115</sup>: estas não relevam por si mesmas, mas apenas quando se materializarem em concretas carências informativas<sup>116</sup>.

Da carência informativa do potencial beneficiário da informação deve ser analiticamente distinguido o *conhecimento* dessa carência informativa pelo respetivo

<sup>113</sup> Cfr. DIRK OLZEN, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., §241 n.º 440.

<sup>114</sup> Cfr. STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, cit., 57 ss.

<sup>115</sup> Contra, cfr. MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, cit., 147-148 e HERBERT ROTH, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 241, n.º 136.

<sup>116</sup> As tipificações, como a ensaiada por KLAUS J. HOPT, *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken*, cit., 417 ss., a propósito da proteção dos investidores na sua relação com os Bancos, agindo como intermediários financeiros podem ser, assim, de alguma utilidade se a sua pretensão for meramente *indiciária*. Não é, todavia, esse o relevo que o A. pretende dar à tipologia apresentada. A propósito da «necessidade de esclarecimento» (*Aufklärungsbedürftigkeit*), enquanto elemento do sistema móvel pelo qual propugna, HOPT propõe, por um lado, uma distinção entre comerciantes e investidores privados e, por outro, entre especuladores e outros investidores. Enquanto dos comerciantes *poderia ser esperado* que conhecessem os riscos típicos dos contratos sobre valores mobiliários celebrados, ou que, pelo menos, não celebrassem contratos que não compreendessem (*idem*, 417), os investidores individuais caracterizar-se-iam pela irracionalidade dos seus comportamentos («reagem em vez de agirem, e comportam-se de forma pró-cíclica e não anticíclica»), sobrestimando as probabilidades de lucros e subestimando os riscos inerentes, bem como por apenas obterem informação quando os lucros ou as perdas já se encontram materializados. Daí, retira a maior carência informativa dos segundos (*op. cit.*, 419). Por outro lado, os investidores-especuladores, que investem frequentemente no mercado de capitais, não precisariam de ser avisados do que podem perder com os seus investimentos, ou mesmo que os investimentos realizados os podem levar à ruína. Note-se, contudo, que, aqui, HOPT modera as consequências que pretende extrair das classificações, ao ressaltar que «a necessidade de esclarecimento não decorre aqui da agressividade da especulação, mas do conhecimento que o especulador tem/Consequentemente deve entender-se existir necessidade de esclarecimento quando o cliente não se aperceber do caráter especialmente arriscado de um específico negócio especulativo ou quando a instituição de crédito tiver conhecimento de factos que tornem o investimento menos atraente» (*idem, ibidem*).

A inoperatividade de uma teoria dos deveres de informação centrada na recondução dos beneficiários de informação a classes tipicamente desprotegidas (no caso, os consumidores) foi, em geral, demonstrada por BARBARA DAUNER-LIEB, *Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher*, cit., *passim* e, em especial, 105-108.

sujeito passivo. Esta distinção, em si evidente, nem sempre é feita pela doutrina<sup>117</sup>. Esta indistinção explica-se pelo facto de grande parte da dogmática dos deveres acessórios, e em especial dos deveres de informação, os apresentar pelo prisma da norma de sanção indemnizatória, e não enquanto padrões de conduta devida<sup>118</sup>, com a conseqüente amalgamação de requisitos de licitude e requisitos de culpa. Superada esta visão restritiva dos deveres *ex bona fide*, impõe-se a depuração entre esses diferentes tipos de requisitos.

A carência de informação do potencial beneficiário de um dever de informação releva para a determinação da conduta devida. Tal como os restantes elementos convocados para a resposta à pergunta sobre a existência e extensão de um *dever* de informação, este elemento concorre, assim, para o estabelecimento de um parâmetro de licitude. O conhecimento dessa situação – o conhecimento da carência informativa – corresponde, assim, à percepção por um sujeito (no que releva: do sujeito passivo do dever) de um elemento do qual depende o estatuto deontico da transmissão de informação a outrem, pressupondo, evidentemente, a verificação da carência enquanto situação objetiva. O desconhecimento dessa situação de carência, a relevar, influi na aferição da censurabilidade do incumprimento do dever: estamos, portanto, perante um aspeto relevante para a aferição da culpa na violação do dever de informação, mas irrelevante para a aferição da cominação do dever<sup>119</sup>.

<sup>117</sup> Vejam-se exemplos dessa indistinção, *inter alia*, em MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, cit., 147, KLAUS J. HOPT, *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken*, cit., 417, DIRK OLZEN, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., §241 n.º 439 e HERBERT ROTH, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 5. Auflage, C.H. Beck, 2007, § 241, n.º 130.

<sup>118</sup> Cfr. *supra*, 10 e *infra*, nn. 221 a 229.

<sup>119</sup> Cfr. STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, cit., 33 e 65. Em causa está, aqui, a componente intelectual do juízo de culpa (cfr., entre nós, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, cit., 430): sendo a existência de uma situação de carência informativa pressuposto inafastável da cominação de deveres de informação independentes da confiança do seu beneficiário, o desconhecimento das situações fáticas que constituem essa carência implica o desconhecimento da cominação do dever (situação que, relativamente aos ilícitos penais, encontra regulação no artigo 16.º, do Código Penal, com paralelo no artigo 338.º). Esse desconhecimento implica, por si só, a exclusão do dolo na violação do dever (o que releva para efeitos da aplicação do artigo 494.º, caso este se entenda aplicável à responsabilidade pela violação de deveres de informação), mas não exclui, necessariamente, a culpa do agente na modalidade de negligência. Haverá, assim, que aferir se o desconhecimento dessas circunstâncias é, ou não, desculpável – juízo que deve ser feito tendo por referência a diligência do «bom pai de família» (artigo 487.º, n.º 2, e 799.º, n.º 2). Sobre este problema, cfr., de forma mais desenvolvida, *infra* § 4.7. Importa, todavia, salientar desde já que na concretização da bitola colocada pelo modelo do *bonus pater familias*, podem assumir relevância fatores frequentemente apontados como relevantes para a aferição da cominação do dever (*i.e.*, para a determinação do parâmetro de licitude). Designadamente, características do beneficiário

### 3.1.2. A disponibilidade da informação pelo potencial devedor de informação

A cominação de deveres acessórios implica a compressão da liberdade do sujeito por estes onerados. Essa adstrição carece sempre de uma justificação, a qual, no caso dos deveres de informação independentes da confiança do respetivo beneficiário, se encontra na tutela da autodeterminação deste último. Para que o dever seja cominado é, porém, necessário que as razões para a promoção da autodeterminação do potencial beneficiário do dever sejam, no caso, mais ponderosas do que as razões para a não cominação do dever, que são estabelecidas pelo princípio geral de liberdade. Quanto maior for a restrição da liberdade do respetivo sujeito passivo operada pela cominação de um dever de informação, *ceteris paribus*, mais ponderosas serão as razões para a não cominação deste dever.

Fator para a mensuração do grau de compressão da liberdade do potencial sujeito passivo é, antes de mais, o conhecimento dos factos cuja vinculação a transmitir se indaga ou a facilidade de lhes aceder<sup>120</sup>. Se o potencial devedor de informação tiver conhecimento dos factos objeto da informação devida no momento em que se afere a cominação do dever, a restrição da sua liberdade consistirá, exclusivamente, na qualificação do comportamento transmissivo da informação como devido. O conhecimento pelo potencial devedor de informação no momento a que se reporta a indagação da vinculação a informar não é, porém, condição necessária da cominação de deveres de informação. É concebível que, em casos de particular peso da carência informativa do potencial beneficiário do dever, o potencial sujeito passivo do mesmo seja adstrito à comunicação de factos

do dever de informação, do respetivo sujeito passivo ou da relação entre estes podem adquirir relevância no momento da aferição da culpa, seja conformando o próprio conteúdo do parâmetro legal do «bom pai de família», seja enquanto premissas fáticas relativas à determinação do grau de esforço que seria necessário ao agente para conhecer factos relevantes para a ponderação subjacente à cominação dos deveres e cuja existência ignorou ou erradamente supôs. Importa, ademais, desde já, salientar, que o facto de o devedor de informação atuar, face ao respetivo credor, no âmbito da sua atividade profissional, quanto à qual tem presumivelmente especiais conhecimentos técnicos, não só não constitui fundamento autónomo da cominação de deveres (cfr. JOHANNES KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*, cit., 359 ss.), como não releva (contra, KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, C.H. Beck, München, 1994, 409, que atribuem à assunção de funções profissionais uma eficácia intensificadora de deveres) na constituição ou conformação do dever (criticamente sobre a doutrina da responsabilidade profissional, com argumentos sólidos, cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., 329 ss.). De novo, a sede correta para a relevância da profissionalidade do devedor de informação é o momento da aferição da culpa: a bitola de conteúdo mutável do «bom pai de família» tenderá a ser mais exigente quando o sujeito passivo do dever violado atuar reconhecidamente ou aparentar atuar na qualidade de profissional (cfr. *infra* § 4.7.).

<sup>120</sup> Cfr. STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, cit., 70 ss. e 76 ss., HOLGER FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, cit., 450 ss.

que, no momento da cominação desse dever, não conhece<sup>121</sup>. O cumprimento do dever de informação coloca-o, assim, na necessidade de obter a informação, cuja transmissão à contraparte é devida. Ainda que a obtenção da informação não corresponda, em rigor, ao cumprimento de um dever<sup>122</sup>, não sendo os factos

<sup>121</sup> Note-se que aqui reside outra importante consequência da conclusão a que se chegou no sentido de que os deveres de informação independentes da confiança do seu beneficiário visam constituir uma base factual suficiente para um exercício não perturbado de autodeterminação face à conceção que os vê como instrumento de nivelção da informação disponível entre as partes. Caso se aceitasse esta última, em coerência, nunca se poderia aceitar a cominação de deveres de informação sobre factos desconhecidos do seu sujeito passivo: não haveria aí qualquer desnível pelo simples facto de que o próprio devedor de informação não teria conhecimento dos próprios factos objeto do dever de informação.

<sup>122</sup> É frequente a referência, incorreta, a «deveres de pesquisa» (*Untersuchungspflichten*, *Nachforschungspflichten*, ou *Erkundungspflichten*) para referir a necessidade dos comportamentos tendentes à obtenção da informação. Contudo, a adoção de uma das condutas abstratamente aptas à obtenção do conhecimento sobre os factos em questão não é, em si mesma, sujeita ao estatuto deontológico de imposição (contra, MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, cit., 153, sustentando a «relevância autónoma» dos deveres de pesquisa). Sendo cominado um dever de informação que incida sobre factos dos quais o seu sujeito passivo não tenha conhecimento, o que a ordem jurídica reclama é que essa informação seja transmitida ao beneficiário. Qualquer conduta do sujeito passivo que obtenha esse resultado vale como cumprimento. Assim, o juízo sobre se o sujeito passivo do dever agiu de acordo com a imposição que sobre ele recaía é indiferente à forma como este obteve conhecimento ou até, num caso limite, se obteve esse conhecimento: conceba-se, como hipótese académica, o caso em que o sujeito passivo do dever, não tendo conhecimento dos factos que deve transmitir, transmite ao beneficiário do dever informação aleatória sobre o assunto em que este carecia de informação. Suponha-se que, por acaso, e ainda que a conduta do sujeito passivo do dever não fosse guiada por esse dever, a informação transmitida corresponde à informação que devia ser transmitida (e, portanto, em termos filosoficamente mais precisos, o sujeito passivo não *cumprisse o dever*, mas *agisse de acordo com o dever*). A existir um verdadeiro dever de pesquisa, este teria sido violado, enquanto o dever de informação teria sido cumprido. O que, atendendo ao carácter pacífico da *instrumentalidade* da pesquisa de informação face à sua transmissão, é contraintuitivo. Lembrando as razões determinantes da constituição do dever de informação (que, se à obtenção de informação fosse de reconhecer um estatuto deontológico impositivo autónomo, também seriam as razões determinantes da constituição de um «dever de pesquisa»), confirma-se a inconsistência desta conceção: se o que fundamenta a restrição da liberdade do devedor de informação através da cominação de deveres de informação é a promoção da correta autodeterminação do beneficiário do dever cominado, não existe razão juridicamente relevante para qualificar como ilícita qualquer atuação do sujeito passivo que resulte na transmissão dos factos relevantes. Pelo que, atendendo à colisão de princípios subjacente à cominação de deveres de informação independentes da confiança do respetivo beneficiário, resultaria numa ponderação incorreta, porque *desnecessariamente restritiva da liberdade do sujeito passivo*, a atribuição do estatuto deontológico de imposição à obtenção de informação pelo devedor de informação que desconhece os factos. Toda esta precisão conceptual não ignora que, no sentido comum das palavras, para alguém informar outrem de factos que desconhece *tem de obter*, primeiro, essa informação. Mas esta proposição não equivale a afirmar a necessidade lógica da obtenção prévia de conhecimento e muito menos permite extrair do dever de informar

objeto da informação que deve ser transmitida conhecidos pelo devedor de informação, o cumprimento desse dever implica a adoção de outros comportamentos tendentes à obtenção dessa informação.

Semelhantemente ao que foi expresso a propósito da possibilidade de acesso à informação pelo potencial credor de informação – dentro das situações nas quais, não tendo o potencial devedor de informação conhecimento dos factos a transmitir ao potencial beneficiário desse dever, se equaciona a sua adstrição à comunicação desses factos – as condutas necessárias para a obtenção do conhecimento dos factos podem implicar diferentes graus de esforço e de onerosidade. Quanto maior for esse esforço ou quanto mais onerosa for a obtenção da informação em causa, *ceteris paribus*, mais ponderosas serão as razões para não cominar o dever de informação<sup>123</sup>.

### 3.1.3. A ponderação entre autodeterminação e liberdade geral de ação

Como tem vindo a ser salientado, o dever de informação só será cominado quando as razões para a promoção da autodeterminação do potencial beneficiário forem mais ponderosas do que as razões para a garantia da liberdade do potencial sujeito passivo do dever. Contudo, a identificação dos elementos relevantes para a aferição da cominação, em cada situação concreta, de deveres de informação independentes da confiança do beneficiário, bem como dos fatores que permitem dar maior ou menor peso a cada um deles, não é suficiente para determinar a prevalência de um ou de outro princípio. A linguagem do maior ou menor «peso» dos elementos, sendo impressiva, não esconde o seu carácter metafórico. Esse «peso» de cada elemento não é, evidentemente, *quantificável*, sendo necessária a identificação de critérios de segunda ordem («meta-critérios») que permitam a formulação de um juízo valorativo que atribua, no caso, prevalência a um ou a outro elemento<sup>124</sup>. Esta atribuição de preferência deve ser feita de forma

um dever de *se* informar para informar (neste sentido, STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, cit., 83 ss.).

<sup>123</sup> No mesmo sentido, STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, cit., 71 e, ainda que fazendo apelo a razões de eficiência (e não de proporcionalidade na restrição da liberdade do sujeito passivo do dever), HOLGER FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, cit., 426, e MARTIN HENSSELER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, cit., 155.

<sup>124</sup> Cfr. KLAUS F. RÖHL/HANS CHRISTIAN RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, cit., 654 e THOMAS RIEHM, *Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung/Argumentation – Beweis – Wertung*, C.H. Beck, München, 2006, 76 ss., que salientam corretamente a inadmissibilidade de uma «matematização» da comparação entre os vetores ponderados. O mesmo é salientando a propósito do seu sistema móvel subjacente à cominação de deveres de informação, por STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, cit., 64. O problema fundamental é aqui o conhecido problema da incomensurabilidade: inexistente uma medida comum, que permita a sua comparação,

sistematicamente coerente: os critérios para a atribuição de valor a cada um dos princípios colidentes e de prevalência de um sobre o outro em cada caso devem ser procurados nas valorações que o ordenamento exprime, ainda que de forma mais ou menos dispersa<sup>125</sup>

Grande parte das proposições sobre a prevalência, num caso concreto, de um ou outro princípio, não suscitarão dúvidas sobre a sua coerência com as valorações do sistema. Nos «casos difíceis» em que essa relação de prevalência sistematicamente coerente for duvidosa, o intérprete-aplicador depara-se com plúrimos critérios de segunda ordem que apontam em sentidos não convergentes entre si. Nesse caso, será necessário identificar critérios que permitam estabelecer relações de preferência entre esses meta-critérios e, caso necessário, assim por diante<sup>126</sup>. Situação oposta será aquela em que o intérprete-aplicador não encontra critérios que permitam o estabelecimento de uma relação de prevalência *in casu*<sup>127</sup>. Neste último caso, e perante a inadmissibilidade de um *non liquet* (artigo 8.º, n.º 1), será forçoso reconhecer o papel criador do intérprete-aplicador, reconhecendo uma margem de discricionariedade judicial<sup>128</sup>.

na qual possam ser mensuradas as diferentes intensidades das promoções de autodeterminação e dos sacrifícios da liberdade que resultam, respetivamente para os sujeitos ativo e passivo, da cominação do dever de informação (cfr. JOSEPH RAZ, «Incommensurability and agency», in *Engaging Reason/ On the Theory of Value and Action*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 46 ss.).

<sup>125</sup> Cfr. ROBERT ALEXY/ALEKSANDER PECZENIK, *The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality*, in *Ratio Juris*, 3, 1990, 137, ALEKSANDER PECZENIK, *On Law and Reason*, cit., 77 ss. e 164-165 e NEIL MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law/A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 188, que, após enfatizar o carácter metafórico da linguagem da «ponderação» e do «balanceamento», sustenta que o problema da incomensurabilidade é mitigado por em nenhum caso estas decisões serem tomadas num vácuo de critérios: nas palavras do A., «os valores e outros fatores relevantes [para estas decisões] estão tecidos no tecido da lei».

<sup>126</sup> Cfr. ALEKSANDER PECZENIK, *On Law and Reason*, cit., 84.

<sup>127</sup> Salientando que a cadeia justificativa da ponderação termina necessariamente numa razão última que apenas pode ser *assumida* e para a qual não podem ser invocadas quaisquer razões justificativas, cfr. ALEKSANDER PECZENIK, *On Law and Reason*, cit., 84 e ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., 143 ss. Para que a decisão da ponderação seja considerada suficientemente justificada não é, porém, necessário que, na fundamentação da decisão, o intérprete-aplicador percorra todos os sucessivos meta-critérios até às premissas últimas não fundamentadas. Suficiente é que as premissas últimas da fundamentação sejam *razoáveis* (sobre o conceito de razoabilidade aqui pressuposto remete-se para ALEKSANDER PECZENIK, *On Law and Reason*, cit., 117 e AULIS AARNIO, *The Rational as Reasonable/A Treatise on Legal Justification*, Kluwer, Dordrecht, 1987, 77): uma premissa será razoável sempre que, não sendo falsificada, nem decorrente logicamente de um conjunto altamente coerente de premissas, seja genericamente aceitável.

<sup>128</sup> Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., 1190-1192, que ao analisar a «questão fulcral de saber se a boa fé [pela sua indeterminação] implica discricionariedade», sustenta que a resposta à mesma se prende «com a existência de pontos materiais a utilizar na sua concretização, com a extensão dos mesmos e com a possibilidade de controlar o respeito, na decisão,

Assim, caso a caso, deve fundamentar-se que o sacrifício imposto ao respetivo sujeito passivo pela cominação de um dever de informação corresponde a uma cedência adequada, necessária e proporcional face ao acréscimo marginal de satisfação do princípio da autodeterminação que essa cominação opera. As afirmações sobre a adequação, necessidade e proporcionalidade devem ser fundamentadas, através de qualquer tipo de argumentos admitidos no discurso jurídico, devendo as premissas últimas utilizadas na fundamentação da decisão ser, pelo menos, razoáveis<sup>129</sup>. Subjacente estará, particularmente neste terceiro juízo, uma comparação entre o «peso» da carência informativa do beneficiário da informação e do sacrifício que a transmissão da informação implica para o respetivo devedor.

Este modelo permite resolver os problemas relativos às situações comuns em que se questiona a cominação de deveres de informação. Podem, contudo, no estabelecimento de preferências relativas contextuais entre a promoção da autodeterminação do beneficiário da informação e o sacrifício da liberdade do devedor da informação, com o critério da proporcionalidade, concorrer outros critérios. Tem aqui especial relevância o *critério da ingerência*<sup>130</sup>. Sendo a carência informativa do potencial beneficiário do dever de informação causada por uma falsa informação transmitida – dolosa, negligente ou desculpavelmente – pelo potencial sujeito passivo do dever, deve este último ser adstrito à reposição do estado anterior. Esta solução não se alicerça no meta-critério da proporcionalidade: a extensão da carência informativa do beneficiário da informação é igual, independentemente da forma como foi causada, e a restrição operada na liberdade geral do sujeito passivo do dever através do estabelecimento dessa vinculação é de igual dimensão, independentemente de este visar a reposição de um estado por si anteriormente causado. Este critério, no sentido do estabelecimento de uma preferência relativa da autodeterminação do beneficiário face à liberdade do sujeito passivo, assenta na ideia, presente de forma difusa em vários lugares do sistema,

da hierarquia que, entre eles se descubra» (*idem*, 1190). O A. acaba por concluir que «tal como foi introduzida em 1966, a boa fé implica, de facto, uma margem larga de discricionariedade, atribuída ao intérprete-aplicador», estando aqui em causa, evidentemente, não uma permissão para decidir arbitrariamente, de forma dissoluta de qualquer parametrização jurídica, mas uma margem de liberdade decisória «balizad[a] por certos parâmetros» (*idem*, 1991). A afirmação é precisamente concretizada a propósito dos deveres de conduta derivados da boa fé e, em particular, dos deveres de informação: «mesmo quando trabalhando com todos os instrumentos que a Ciência Jurídica atual é capaz de desenvolver, o Direito não diz, por exemplo, até onde vão os deveres de informação e de lealdade subjacentes à boa fé» (*idem, ibidem*).

<sup>129</sup> Cfr. ALEKSANDER PECZENIK, *On Law and Reason*, *cit.*, 153 ss.

<sup>130</sup> Cfr., em tom crítico quanto à recondução do *topos* da ingerência à tutela da confiança (como defendido, v.g. por STEPHAN LORENZ, *Das Schutz von dem unerwünschten Vertrag*, *cit.*, 431 ss.), ROLAND SCHWARZE, *Vorvertragliche Verständigungspflichten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, 113.



de que quem gera um risco na esfera de outrem – no caso um risco de incorreta autodeterminação – o deve neutralizar<sup>131</sup>.

Acresce que, saber se a transmissão de informação deve ser espontânea ou se a adstrição do sujeito passivo do dever a comunicar os factos relevantes ao respetivo beneficiário está condicionada a um prévio *pedido de informações* por este último – e, portanto, a qualificação do dever como dever de esclarecimento ou dever de informação em sentido estrito – resulta de uma ponderação. Entre ambos os tipos de «deveres» existe uma identidade fundamental quanto aos princípios que podem justificar a sua cominação, bem como quanto ao princípio que é restrinvido através dessa cominação. Por regra, havendo uma carência informativa por parte do beneficiário do dever, não se pode condicionar a adstrição do respetivo sujeito passivo à prévia inquirição pela sua contraparte: se o beneficiário do dever desconhece a existência dos factos objeto desse dever, por regra, não terá sequer uma base informativa suficiente para *deliberar inquirir a sua contraparte*<sup>132</sup>. Os deveres de informação em sentido estrito – *i.e.* as situações de sujeição de uma parte a, sendo inquirida pela contraparte, ver constituído na sua esfera o dever de responder com verdade à pergunta colocada<sup>133</sup> – restringem-se, assim, àquelas situações em que o beneficiário do dever, não obstante encontrar-se numa situação de carência informativa, tem conhecimento de informação suficiente para deliberar inquirir o sujeito passivo sobre os factos potencialmente objeto do dever. Nestes últimos casos – e sendo evidente que a restrição da liberdade do respetivo sujeito passivo operada pela cominação de um dever de esclarecimento é mais forte do que a restrição operada pela cominação de um dever de informação em sentido estrito – a cominação de um dever de esclarecimento consubstanciaria uma restrição *desnecessária* da liberdade do sujeito vinculado à prestação de informação, sendo portanto sistematicamente insustentável a cominação de um dever de esclarecimento<sup>134</sup>.

<sup>131</sup> O pensamento aqui subjacente é o mesmo que, em direito penal, fundamenta a atribuição de posições de garante, nos termos do artigo 10.º, do Código Penal, em situações de ingerência do agente (cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal/Parte Geral*, I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra, 2007, 945-946 e HANS-JOACHIM RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der Unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Otto Schwartz, Göttingen, 1966, *passim*).

<sup>132</sup> Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II/I, *cit.*, 482: «Os deveres de informação [...] não dependem de perguntas explícitas: nem isso faria sentido, pois, em regra, só pergunta quem sabe», ideia que já era lapidarmente salientada por LUDWIG WITTEGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Blackwell, Oxford, 1953, 15, quando dizia que «é preciso já saber alguma coisa [...] para poder perguntar pelo seu nome» e que «só pergunta com sentido pelo nome de algo quem já sabe alguma coisa do que é capaz de fazer com ela».

<sup>133</sup> Cfr. *supra*, § 1.4.

<sup>134</sup> Desta forma, conhecendo o beneficiário do dever a existência de uma pessoa, de um objeto ou de uma situação jurídica com as quais se relacione a informação a prestar, mas esteja numa situação de carência informativa sobre *propriedades* dessa pessoa, desse objeto ou dessa situação

## § 4.º Os deveres de informação do credor fidejussório perante o fiador

### 4.1. *Problemas característicos da fiança e formulação de critérios ad hoc para a cominação de deveres de informação ao credor fidejussório*

É perante as coordenadas de fundo apresentadas no capítulo anterior que deve ser aferida a existência e a extensão dos deveres de informação do credor fidejussório. Estes são, afinal, apenas um caso especial da cominação de deveres acessórios, ainda que a situação fidejussória tenha características que levantam alguns problemas na concretização do esquema anterior. Por este motivo, a resolução do problema da cominação de deveres de informação ao credor fidejussório deve ser procurada nos modelos de decisão formulados para os deveres de informação em geral e não através de critérios formulados *ad hoc* para acomodar as especificidades da situação fidejussória<sup>135</sup>. Se o problema da cominação de deveres acessórios de informação ao credor fidejussório em benefício do fiador levantar dificuldades perante teses aceites para os deveres de informação *ex bona fide* em geral, as propostas apresentadas para solução desse específico problema, e que colidam com a dogmática geral dos deveres de informação, devem ser suscetíveis de generalização para outras situações semelhantes, de forma a se enquadrarem de forma coerente, sucessivamente, numa teoria geral dos deveres de informação

jurídica, tendencialmente o dever cominado será um mero dever de informação em sentido estrito. Antecipando aspetos tratados no capítulo seguinte: isto vale, por exemplo, para a informação sobre a situação patrimonial do devedor principal ou sobre o valor total das obrigações cobertas pela fiança (pois, em ambos os casos, a existência dessas situações é *certa*, incidindo a possível dúvida sobre o *quantum* de cada de uma delas). Por outro lado, dizendo a informação respeito a *acontecimentos* cuja ocorrência, ou o momento da sua ocorrência, é imprevisível, tendencialmente, havendo razões para cominar um dever de informação *lato sensu*, esse dever assumirá a forma de dever de esclarecimento. Esta ponderação apenas pode ser feita perante as circunstâncias de cada caso e, em específico, perante os factos que sejam conhecidos do beneficiário do dever de informação. Por esse motivo, no que se segue apenas se falará de deveres de informação em sentido lato, sem a preocupação de destrinçar os casos em que a transmissão de informação deve ser espontânea e aqueles em que a transmissão de informação apenas é qualificada como devida na sequência de uma *pergunta* pelo beneficiário do dever.

<sup>135</sup> Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien*, cit., 385-388. ALEXANDRE MOTA PINTO, «Falibilismo» jurídico? *Ensaio de aplicação ao direito do modelo metódico da falsificação, proposto por Karl Popper*, cit., 936. A formulação de propostas de decisão *ad hoc*, em afastamento ou sem conexão com as restantes proposições que integram uma teoria jurídica (aqui, uma teoria dos deveres acessórios de informação), é incompatível com a pretensão de universalização – de resto, exigida pelo artigo 8.º, n.º 3 – da qual depende a postulada racionalidade das decisões jurídicas (cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao direito*, Almedina, Coimbra, 2012, 463-464).

e numa teoria geral dos deveres acessórios de conduta, ainda que implicando ajustamentos nestas últimas<sup>136</sup>.

Em contraste com esta necessidade de coerência, os modelos de solução apresentados por grande parte da doutrina a propósito do problema da adstrição do credor fidejussório a deveres de informação perante o fiador têm sido formulados de forma *desligada* da dogmática geral dos deveres de informação<sup>137</sup>: apela-se, frequentemente, ao carácter unilateral do contrato de fiança<sup>138</sup>, à sua qualificação como «negócio de risco»<sup>139</sup> e à estrutura triangular da relação fidejussória<sup>140</sup>, pretendendo-se dessas características retirar critérios de resolução *ad hoc* para esta classe de problemas. Importa analisar individualmente estas características da relação fidejussória, indagar da sua relevância e procurar as possíveis ligações que estas possam ter com os critérios relevantes perante o modelo formulado no capítulo anterior.

Aceitando-se que à cominação de deveres acessórios subjaz sempre a ponderação entre princípios que *prima facie* estabelecem exigências divergentes e que os resultados de ponderações são inelutavelmente dependentes das especificidades apresentadas por cada concreta situação que convoca o problema de ponderação, resultam implausíveis as eventuais respostas que tenham a pretensão de cobrir perentoriamente todos os casos em que se equaciona a cominação de deveres de informação ao credor fidejussório. Uma conclusiva resposta afirmativa ou negativa sobre a adstrição do credor fidejussório à transmissão de informações ao fiador apenas pode ser dada perante cada caso particular. Procurar-se-á, assim, apresentar *diretrizes de solução* e, quando possível, apresentar respostas tipificadas para conjuntos de casos.

#### 4.2. O carácter unilateralmente vinculante da fiança; as relações obrigacionais sem dever primário de prestação e a «ligação especial» entre credor fidejussório e fiador

A orientação radical que nega a existência de deveres acessórios de informação do credor fidejussório tem a sua origem histórica nos trabalhos preparatórios do BGB e na oposição da Primeira Comissão à consagração legislativa de um «dever

<sup>136</sup> Não sendo esta coerência alcançável, ainda que com correções necessárias, no limite, a teoria geral ter-se-ia por falsificada. Cfr. WERNER KRAWIETZ, *Theoriensubstitution in der Jurisprudenz*, in *Das Naturrechtsdenken heute und morgen/Gedächtnisschrift für René Marcic* (Hrsg.: D. MAYER-MALY/SIMONS), Duncker & Humblot, Berlin, 1983, 359 ss.

<sup>137</sup> Cfr. *supra*, § 1.1. (nn. 2 e 3) bem como os autores referidos nos pontos seguintes e, criticamente quanto à generalizada marginalização dos fundamentos dogmáticos dos deveres acessórios de conduta na discussão sobre os deveres de informação do credor fidejussório, STEPHAN DREISMANN, *Bürgenschutz durch Gläubigerdiligenz?*, *cit.*, 23 e 111 ss.

<sup>138</sup> Cfr. *infra*, § 4.2.

<sup>139</sup> Cfr. *infra*, § 4.3.

<sup>140</sup> Cfr. *infra*, § 4.4.

de diligência» do credor fidejussório. Apreciando o mérito da inclusão, na proposta do diploma que viria a ser o BGB, de um preceito idêntico ao artigo 948 da Proposta de Dresdner para uma lei das obrigações para toda a Alemanha, de 1866 (usualmente referida apenas como *Dresdener Entwurf*), que, em muitos aspetos, serviu de base de trabalho para o Livro Segundo do Código Alemão<sup>141</sup>, a Primeira Comissão rejeitou a consagração desse dever, fundamentando a sua decisão, primariamente, com o caráter unilateral da fiança<sup>142</sup>: «através da fiança, o credor apenas adquire direitos, sem assumir deveres; já por este motivo é impreciso falar de um verdadeiro dever de diligência»<sup>143</sup>. O caráter unilateral da fiança seria, assim, impeditivo da cominação de deveres acessórios («deveres de diligência») – assunção que tem como premissa implícita que a cominação de deveres acessórios pressupõe a existência de um dever principal de prestação<sup>144</sup>.

Este obstáculo à cominação de deveres acessórios, e em especial de deveres de informação, ao credor fidejussório deve ser tido por dogmaticamente obsoleto: é hoje pacífica a existência de deveres acessórios em situações em que inexiste qualquer dever primário de prestação. É o que sucede num conjunto de situações em que a ordem jurídica estabelece aos sujeitos padrões de comportamento face a

<sup>141</sup> Cuja redação, na língua original, era a seguinte «Hat der Gläubiger seine Verschuldung den Übergang der im Artikel 940 bezeichneten Rechte auf den Bürgen unmöglich gemacht, insbesondere Pfandrechte oder eine sonstige Sicherheit, welche bereits zur Zeit der Bürgschaftsleistung für die Hauptschuld bestellt werden, ohne Einwilligung des Bürgen aufgegeben, oder hat er die Erfolglosigkeit der Geltendmachung der auf den Bürgen übergehenden Rechte verschuldet, so wird der letztere von seiner Verbindlichkeit insoweit befreit, als die Forderung gegen den Hauptschuldner durch die gedachten Rechte gedeckt war. Hat der Gläubiger die Erfolglosigkeit der Ausklagung des Hauptschuldners verschuldet, so wird der Bürge von seiner Verbindlichkeit insoweit befreit, als der Gläubiger ohne diese Verschuldung von dem Hauptschuldner hätte Befriedigung verlangen können».

<sup>142</sup> Cfr. *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II – Recht der Schuldverhältnisse*, Amtliche Ausgabe, Berlin-Leipzig, 1888 (reimp. 2010), 678 ss. A Segunda Comissão limitou-se a aderir sumariamente à solução proposta pela Primeira Comissão: «não foi apontado nada contra a negação de um dever de diligência do credor face ao fiador [...]» (cfr. *Protokolle Der Kommission Für Die Zweite Lesung Des Entwurfs Des Bürgerlichen Gesetzbuchs, II – Recht der Schuldverhältnisse*, Amtliche Ausgabe, Berlin, 1898 [reimp. 2010], 481). Sobre a decisão da Primeira Comissão e a sua influência na doutrina e jurisprudência nos anos posteriores à entrada em vigor do BGB, cfr. STEPHAN DREISMANN, *Bürgenschutz durch Gläubigerdiligenz?*, cit., 88 ss., MARTIN HENSSELER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, cit., 336 ss., ROLF KNÜTEL, *Dilignzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen*, in *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag 12. September 1978* (hrsg: JAKOBS/KNOBBE-KEUK/PICKER/WILHELM), I, Otto Schmidt, Köln, 1978, 559 ss., MATTHIAS PFEIFFER, *Nebenpflichten des Bürgschaftsgläubigers gegen dem Bürgen*, cit., 27 ss., NICOLAS W. FONTAINE e *Dilignzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen*, cit., 9 ss.

<sup>143</sup> Cfr. *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, cit., 678.

<sup>144</sup> Relembre-se, porém, que a unilateralidade da relação entre fiador e credor fidejussório não é sequer condição de qualificação dessa relação como relação fidejussória. Embora rara na prática, a estipulação do pagamento de uma remuneração pelo credor fidejussório não é incompatível com o tipo de fiança (cfr. Cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., 389 ss.).

outros que transcendem as exigências do direito delitual pensadas para relações de anonimato entre os agentes (*Jedermannbeziehungen*), sem que entre estes haja outros deveres específicos, situações essas que são doutrinariamente designadas como «ligações especiais» (*Sonderverbindungen*)<sup>145</sup>. É certo que esta delimitação do conceito de «ligação especial» é meramente impressiva, ao exprimir que abarca todo um conjunto de relações intersubjetivas mais próximas do que aquelas que unem todos os membros de uma sociedade entre si<sup>146</sup>, não fornecendo o critério material para a delimitação dessas relações<sup>147</sup>. Sem pôr em causa a utilidade da identificação desses critérios, nem a sua centralidade numa teoria geral dos deveres acessórios, parece que essa questão não assume a mesma relevância naquelas situações em que a lei *qualifica* como ligações especiais, estatuidando expressamente a sujeição de sujeitos aos padrões de conduta estabelecidos pela boa fé objetiva. Mostra-o, aliás, a alteração dos moldes em que a discussão relativa à identificação das situações nas quais, entre dois sujeitos são estabelecidos deveres acessórios de comportamento, passou a ser travada no ordenamento jurídico alemão, após a modernização de 2002 e da introdução dos §§ 241 (2) e 311 (2) e (3) BGB. Onde a lei estabelece a vinculação a deveres de boa fé não é relevante a discussão sobre se a relação entre dois sujeitos é ou não é uma relação especial, dado que este conceito tem como exclusiva função a delimitação das relações onde são cominados deveres de boa fé. É precisamente isso que sucede na generalidade das relações entre credor fidejussório e fiador: o credor garantido pela fiança é também titular de um crédito (o crédito de garantia) perante o fiador<sup>148</sup>. A adstrição do credor fidejussório a

<sup>145</sup> Cfr. PETER KREBS, *Sonderverbindung und außerdeliktsche Schutzpflichten*, cit., 1-2, que reconduz a génese da expressão a RUDOLF STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren*, Guttentag, Berlin, 1897, 8-9, que usa a expressão para designar situações de colaboração entre diferentes sujeitos, mais estreitas do que as existentes na vida em sociedade, a qual consistiria numa interação externamente regulada (*äußerlich geregeltes Zusammenwirken*), e das quais seriam exemplos as relações obrigacionais e as relações familiares.

<sup>146</sup> Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, cit., 236 ss. e *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., 752-754, n. 836.

<sup>147</sup> A delimitação das interações humanas que justificam a cominação de deveres acessórios de conduta aos sujeitos nelas intervenientes não pode deixar de ser feita atendendo aos princípios que fundamentam a cominação desses deveres. Coerentemente, os autores que defendem uma conceção monista do fundamento dos deveres acessórios encontram na confiança entre as partes o critério delimitador das «relações unitárias legais de proteção» (cfr. CLAUD-WILHELM CANARIS, *Schutzgesetz-Verkehrspflichten-Schutzpflichten*, cit., 102 ss.). Aceitando-se que os possíveis fundamentos de deveres acessórios são plúrimos, a delimitação do conceito de ligação especial tornar-se-á mais complexa. Não é possível, neste contexto, avançar critérios gerais para o recorte destas situações. O que é dito em texto tem apenas o objetivo, muito modesto, de, recorrendo às situações legalmente qualificadas como «ligações especiais», demonstrar que a relação entre fiador e credor fidejussório se reconduz, na generalidade das configurações que assume, a estes moldes – e quais as configurações deste tipo de relações que não se deixam caracterizar como ligações especiais.

<sup>148</sup> Cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., 121 ss.

deveres *ex bona fide* é estabelecida pelo artigo 762.º, n.º 2. Reconhece-se, porém, que o que acaba de ser dito não procede para todas as relações entre credor fidejussório e fiador. A constituição do crédito de garantia pressupõe a constituição do crédito garantido, do qual é acessório. Assim, nas fianças que garantam créditos futuros ou cuja constituição esteja sujeita a condição suspensiva, existindo já *cobertura*, não existe ainda relação obrigacional<sup>149</sup>. Nestes casos, apesar de não existir ainda uma obrigação fidejussória, existe uma relação jurídica de fonte contratual entre as partes. Existem, porém, dados no sistema que, mesmo sem a formulação de um conceito geral de «ligação especial» – que não cabe neste texto – impõem essa qualificação da relação entre o futuro credor e o fiador de crédito futuro. Por um lado, estes sujeitos estão, na antecâmara do contrato, adstritos a esses parâmetros de conduta (artigo 227.º, n.º 1) e estarão adstritos a esses mesmos parâmetros assim que a obrigação garantida (e consequentemente, a obrigação de garantia) for constituída (artigo 762.º, n.º 2): a interrupção da sujeição do fiador e do beneficiário da fiança aos ditames da boa fé, no período que intermedeia a celebração do contrato de fiança e a constituição da obrigação de garantia, seria valorativamente incompreensível. Tal é confirmado, ainda que este apenas se refira ao devedor de uma obrigação sujeita a condição suspensiva, pelo estatuído no artigo 272.º, que estabelece, para uma classe de situações em que existe um diferimento entre a prática do ato constitutivo de uma obrigação e a constituição dessa obrigação e que se caracteriza também pela natureza contingente desta constituição, a vinculação do devedor condicional a deveres de conduta *ex bona fide*<sup>150</sup>.

O argumento da unilateralidade do contrato de fiança contra a adstrição do credor fidejussório a deveres acessórios em benefício do fiador falha. A decisão político-legislativa de não inserir no BGB um preceito que cominasse «deveres de diligência» ao credor fidejussório não impede, mesmo nesse ordenamento, que ao credor fidejussório sejam cominados deveres acessórios de conduta, e em especial deveres de informação, em benefício do fiador, com apoio no § 241 (2) BGB:

<sup>149</sup> Cf. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., 300 ss.

<sup>150</sup> O contrato de fiança não é necessariamente (nem o é tipicamente) um contrato sujeito a condição, no sentido que a palavra assume no contexto dos artigos 270.º a 277.º. É certo que a constituição da obrigação do fiador se encontra sujeita a um evento futuro e incerto: a insatisfação da obrigação garantida. Contudo, a eficácia do negócio constitutivo da fiança não é feita depender da ocorrência da insatisfação do devedor principal. Pelo contrário, é a própria eficácia do contrato de fiança que «sujeita» o fiador a ver constituída uma obrigação na sua esfera no caso de insatisfação da obrigação garantida. Ainda que haja uma clara diferença entre a contingência da adstrição do fiador a realizar em benefício do credor fidejussório a prestação correspondente à obrigação garantida e a contingência característica do regime da condição, a analogia entre as duas situações é nítida. A este propósito, veja-se que é dito a propósito do contrato de seguro, e que pode ser generalizado para grande parte dos negócios de garantia, por MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros*, cit., 164-165 e 325 ss.

a sua relevância cinge-se à de um argumento histórico – hoje de importância mitigada pelo decurso de mais de um século desde o momento da decisão legislativa, logo facilmente derrotável – em sentido contrário<sup>151</sup>. Para a resolução do problema no ordenamento jurídico português, esse facto histórico é estéril em consequências normativas: o legislador português, nos trabalhos preparatórios, não fez qualquer referência ao problema e a intenção do legislador histórico do BGB não tem evidentemente relevância interpretativa no ordenamento jurídico nacional. A rejeição pelo legislador do BGB da adstrição do credor fidejussório a deveres acessórios permite, contudo, explicar (mas não justificar) o tradicional ceticismo quanto à sujeição do credor fidejussório a deveres de informação.

#### 4.3. *A fiança como «negócio de risco» e o paralelismo entre distribuição contratual de riscos e responsabilidade pela obtenção de informação*

Um segundo óbice que tem sido apontado à existência de deveres de informação a cargo do credor fidejussório parte da caracterização da fiança como «negócio de risco» para, afirmando a necessidade de congruência entre a distribuição contratual de riscos e a responsabilidade informativa (*Informationsverantwortlichkeit*), afirmar a, pelo menos tendencial, impossibilidade da cominação de deveres acessórios ao credor fidejussório<sup>152</sup>. A alocação de riscos instituída pela celebração do contrato de fiança implicaria, assim, restrições face aos pressupostos gerais da cominação de deveres de informação: da consciente assunção de risco pelo fiador resultaria «a resolução de quaisquer conflitos de interesse entre credor e fiador em prejuízo deste último»<sup>153</sup>. Excluídos ficariam, desta forma, todos os deveres de informação que prejudicassem o interesse de garantia do credor fidejussório<sup>154</sup>. Abrir-se-ia, contudo, uma exceção que abrangeria aqueles casos em que «não estivesse ao alcance do fiador ultrapassar o seu défice de informação, mesmo através de uma prossecução diligente dos seus interesses»<sup>155</sup>.

<sup>151</sup> Cfr. ROBERT ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., 302 ss. Neste sentido, não obstante referir-se ainda ao § 242 BGB, que, como é sabido, era a base normativa para a cominação de deveres acessórios antes da *Modernisierung*, MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, cit., 336 ss.

<sup>152</sup> Cfr. MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, cit., 139 ss., 345 ss. e STEPHAN DREISMANN, *Bürgenschutz durch Gläubigerdiligenz?*, cit., 144 ss.

<sup>153</sup> Cfr. MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, cit., 343.

<sup>154</sup> Cfr. MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, cit., 344.

<sup>155</sup> Cfr., MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, cit., 344. É necessário notar que o A. parte de uma conceção monista quanto ao fundamento dos deveres de informação, que entende terem a sua razão justificativa na tutela da confiança do beneficiário (*supra* rejeitada, cfr. §§ 2.2. e 2.3.). A razão justificativa da exceção referida em texto residiria na aptidão da confiança merecedora de proteção jurídica para quebrar, através da cominação do dever de informação, o paralelismo entre

A proposição segundo a qual, através do contrato de fiança, o fiador assume riscos é insuscetível de dúvidas. Esta proposição é verdadeira quando a expressão «assumir um risco» for usada num sentido meramente preditivo, reportando-se ao desconhecimento, no momento da celebração do contrato de fiança, sobre as desvantagens que a prestação de fiança implicará para o fiador (*v.g.*, se será chamado a cumprir a obrigação garantida, se o for, qual o valor que será chamado a pagar ao credor fidejussório, e se, sendo a obrigação cumprida, conseguirá recuperar a quantia paga do devedor principal). Neste sentido, a afirmação aplica-se, porém, a todos os contratos<sup>156</sup>, pelo que não é útil como critério para delimitar, dentro da classe dos contratos, uma subclasse dos «contratos de risco» e, conseqüentemente, a fundamentar especialidades nos modelos de decisão quanto à cominação de deveres de informação entre as partes de contratos dessa classe. Mas a afirmação de que, através da prestação de fiança, o fiador assume um risco é também verdadeira

alocação contratual de riscos e responsabilidade informativa (*idem*, 140). A impossibilidade de acesso à informação seria necessária para que se verificasse «uma situação de confiança constitutiva de deveres» (*idem*, 344), com o que se parece remeter o problema para o preenchimento do requisito da justificação da confiança.

<sup>156</sup> Utilizada a expressão com este sentido, a correção da afirmação de que um contrato implica a assunção de riscos não é, de todo, específica da fiança ou de contratos semelhantes. Como salienta JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, *Risco, transferência de risco, transferência de responsabilidade na linguagem dos contratos e da supervisão de seguros*, in *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007, 285-286, «todos os contratos são instrumentos de resposta racional à incerteza do curso futuro dos acontecimentos, e portanto, nesse sentido muito amplo, instrumentos de gestão do risco. Em todos os contratos há assunção e distribuição de riscos, com aspetos de *retenção*, de *transferência* e de *partilha*, de importância variável na motivação do negócio, mas sempre presentes em algum grau quer quanto aos riscos exógenos, quer quanto aos riscos criados pelo próprio contrato». O mesmo é salientado por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/I, *cit.*, 474-478, que propõe como nota necessária da classe dos contratos aleatórios que o desconhecimento das vantagens e desvantagens dele derivadas seja «da própria natureza do contrato», dado que «qualquer negócio implica sempre flutuação ou riscos, em função de margens de álea que não se podem nunca evitar». Note-se, contudo, que no texto de MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, *cit.*, *passim*, parece existir alguma oscilação quanto à delimitação da categoria dos «contratos de risco». Por um lado, reconhece (*idem*, 12-15) que em todo o negócio jurídico existem fatores de incerteza geradores de risco de frustração dos projetos e das expectativas que as partes têm quanto a esse negócio, mas que, entre estes, existe uma classe de contratos em que o risco não está presente apenas como possibilidade de frustração dos projetos das partes, mas como o próprio objeto do contrato, do qual este retira o seu sentido e fim específicos. Nessa categoria, arruma, como contratos paradigmáticos, os vários contratos de especulação, a fiança, a garantia autónoma, o contrato de jogo e aposta, e os vários contratos diferenciais. Todos estes contratos *criam* riscos endógenos ao contrato para uma das partes. Por outro, justifica a caracterização da fiança como contrato de risco por «no momento da celebração do contrato ser completamente incerto se e em que medida o fiador será chamado a cumprir»: utiliza, pois, a expressão aqui em sentido preditivo.



quando esta expressão for usada num sentido puramente jurídico, referente ao conteúdo típico do contrato de fiança. Nesse uso da locução «assumir um risco», ela refere-se à atribuição característica do fiador ao credor fidejussório, a qual passa pela assunção de um risco exógeno e independente ao contrato de fiança: o risco de insatisfação do crédito garantido<sup>157</sup>. Só utilizando este último conceito de risco faz sentido discutir a eventual necessidade de um paralelismo entre a distribuição contratual de riscos e a «responsabilidade pela obtenção de informação»<sup>158</sup>.

Da característica cobertura de um risco exógeno pelo fiador não segue, todavia, uma acrescida resistência da sujeição do credor fidejussório a deveres de informação em benefício do fiador, nos termos em que pretende Henssler. Essa tese sempre seria incompleta por não acomodar os deveres de informação sobre factos que relevam para o próprio recorte da cobertura fidejussória. Esta incompletude não é marginal: é precisamente sobre esses factos relevantes para o próprio recorte da cobertura e sobre a obrigatoriedade da sua comunicação ao fiador que incidem alguns dos principais problemas da adstrição do credor fidejussório a deveres de informação. Estão aqui em causa todos aqueles factos que preenchem previsões normativas às quais corresponde, como estatuição, a atribuição ao fiador do poder de se desvincular do contrato de fiança, e assim fazer cessar a cobertura, através de declaração unilateral (*v.g.*, os factos que preenchem as previsões normativas que atribuem o benefício e o privilégio da liberação ao fiador ou que consubstanciam uma alteração das circunstâncias), ou que permitem impedir os efeitos do exercício da pretensão do credor fidejussório perante o fiador (*v.g.*, os factos que atribuem meios de defesa ao devedor principal na relação de valuta e que, nos termos do artigo 637.º, assistem também ao fiador) ou, *a fortiori*, aqueles factos de que dependa a cessação imediata da cobertura (*v.g.*, verificação de um termo incerto ou de uma condição resolutiva, quando tais tenham sido apostas ao contrato de fiança). Apesar de nenhuma das normas, cujas previsões normativas são preenchidas pelas classes de factos referidas, estarem numa relação

<sup>157</sup> Para uma delimitação das classes de negócios aleatórios, negócios de risco e negócios de garantia, bem como das respetivas sobreposições, cfr., MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros*, cit., 392 ss.

<sup>158</sup> As aspas na palavra «responsabilidade» pretendem acentuar que ela não é usada com propriedade neste contexto, ou, pelo menos, que é usada com um significado mais amplo do que o comum – o que num tema em que a responsabilidade *pela violação de deveres* de informação assume um papel de tanto destaque, não favorece a clareza: com ela pretende referir-se unitariamente a situação do sujeito passivo de um dever de informação como a situação daquele que, tendo interesse na informação, não é beneficiário de qualquer dever de informação, pelo que a obtenção dessa informação depende apenas da sua atuação («é apenas da sua responsabilidade»). Não obstante a sua imprecisão, a expressão é mantida para manter a congruência com a terminologia usada por MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, cit., loc. cit ao propor a tese exposta em texto.

de regra-exceção com a estipulação contratual da cobertura de riscos, é evidente que todas elas permitem ao fiador impedir os efeitos desfavoráveis que a materialização do risco coberto teria na sua esfera jurídica: o que significa diminuir ou extinguir a *própria cobertura dos riscos*. Ora, a possibilidade, para quem assume um risco, de impedir que os efeitos negativos do evento incerto coberto se produzam na sua esfera é já uma delimitação desse mesmo risco. As normas que permitem diminuir ou extinguir a cobertura dos riscos fidejussórios são *normas alocadoras dos riscos fidejussórios*. Quanto aos factos que preenchem as respetivas previsões normativas, o argumento da congruência dos deveres de informar com o risco assumido não tem procedência.

Não é, contudo, a incompletude desta tese restritiva, isto é, o facto de o modelo de decisão por ela proposto não acomodar a resolução de problemas paradigmáticos dentro do âmbito temático para o qual ela pretende ter validade que determina o seu insucesso. A própria pretensão de que os deveres de informação sejam, de alguma forma, incongruentes com a assunção de risco, em que essa tese assenta, não tem qualquer apoio normativo. Mostra-o claramente Breidenbach, ao salientar a diferença analítica entre *conhecimento do risco* e *alocação de riscos*<sup>159</sup>. Os deveres de informação apenas visam permitir ao fiador conhecer factos relevantes para a aferição do risco. Este conhecimento é, contudo, irrelevante para a determinação sobre a alocação desse risco. Estamos perante dois planos diferentes das relações entre credor fidejussório e fiador que não se interseccionam<sup>160</sup>. Esta distinção mostra precisamente que a tese de Henssler tem um núcleo em que é verdadeira: os deveres de informação não podem ser tidos como instrumentos de realocação *ex post* de riscos materializados que permitam ultrapassar o carácter inequitativo da distribuição de riscos contratualmente definida<sup>161</sup>. É, aliás, esta conceção que parece ser o principal alvo da crítica de Henssler<sup>162</sup>. Mas, aceitando-se o que acima foi sustentado a propósito do fundamento dos deveres acessórios de informação, a

<sup>159</sup> Cfr. STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, cit., 12.

<sup>160</sup> O que é demonstrado pela (incontestada) possibilidade de serem *convencionados* deveres de informação entre credor fidejussório e fiador. Caso os deveres de informação implicassem uma redistribuição do risco da fiança, coberto pelo mesmo contrato, existiria uma incoerência no texto negocial – o que é pacífico que não sucede.

<sup>161</sup> Defendendo esta função dos deveres de informação, com indicações doutrinárias e jurisprudenciais concordantes, HERBERT ROTH, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 241, n.º 127 ss.

<sup>162</sup> Cfr. MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, cit., 139, a propósito dos deveres *in contrahendo*, «os deveres de esclarecimento devem tutelar a consciência dos riscos da contraparte e, assim, assegurar a autorresponsabilidade na assunção de riscos. É uma incorreção procurar uma redistribuição de facto dos riscos através do estabelecimento de deveres de informação. Toda a violação culposa de deveres atribuí ao sujeito que assume o risco a possibilidade de se desvincular no contrato com base na c.i.c. em caso de verificação de uma perturbação contratual. O mesmo vale fundamentalmente também para as distribuições de risco discrepantes do modelo legalmente estabelecido. Também aqui não

deslocação dos riscos contratualmente assumidos através da cominação de deveres de informação improcede, por não haver fundamento para os cominar, sequer *prima facie*, e não por estes serem incongruentes com a alocação contratual dos riscos – o que pressuporia que, se não fosse essa alocação (que é apresentada como *obstáculo*), haveria razões para os cominar.

A relação entre a assunção contratual de riscos e a cominação de deveres de informação é, pelo contrário, uma relação de, pelo menos tendencial, implicação. Precisamente por o fiador cobrir riscos exógenos ao contrato celebrado com o credor fidejussório, estará numa posição particularmente propensa a carências informativas sobre factos relativos à probabilidade de concretização desse risco. O conhecimento da extensão das suas potenciais responsabilidades, de factos que permitam avaliar a probabilidade de se verificarem os pressupostos de que depende a sua chamada ao cumprimento da obrigação garantida, bem como daqueles cuja verificação é constitutiva da possibilidade da invocação de meios de defesa ou de desvinculação que lhe assistam, é essencial para o fiador se autodeterminar. Estes factos são, contudo, raramente suscetíveis de serem diretamente conhecidos pelo fiador. Esta carência informativa é um argumento para, *ceteris paribus*, atribuir ao fiador pretensões informativas<sup>163</sup>. Henssler acaba por reconhecer parcialmente, como visto, a cominação de deveres de informação ao credor fidejussório. Restringe, porém, essa possibilidade aos casos em que é *impossível* ao fiador colmatar o seu défice informativo através de uma «prossecação diligente dos seus interesses»<sup>164</sup>. Com isso, não nos diz qual o grau de dificuldade de acesso à informação pelo fiador através dos seus próprios meios que legitimaria a cominação do dever de informação ao credor fidejussório, ou seja, qual o grau de esforço na obtenção dessa afirmação que satisfaria a bitola da «diligência» na prossecação dos próprios interesses. Como acima exposto, esta definição não pode ser estabelecida em abstrato, designadamente de forma desligada da mensuração do sacrifício que, em concreto,

pode o aplicador do direito substituir-se à conformação do contrato através da autonomia privada, sem que exista para isso um motivo injuntivo».

<sup>163</sup> Neste sentido, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., 121, após reconduzir a fiança à categoria dos negócios de risco, sublinha que a perigosidade do negócio de fiança para o fiador implica consequências específicas a nível de regime, as quais «começam por ser intuitivas à luz duma sã e descomprometida ponderação axiológica», e que seriam transversais a todos os negócios de risco: entre outras que não importa aqui recordar, estariam a necessidade de possibilitar ao assuntor de risco o conhecimento *ex ante* e a consulta, durante o decurso da garantia, do nível de «risco» (*i.e.* de *perigo*) suportado. Ainda que a propósito da questão do regime do dolo omissivo nos contratos de risco, que apresenta fortes paralelos com a da existência de deveres acessórios de informação durante o período de assunção contratual do risco, aproxima-se também desta posição HOLGER FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, cit., 319 ss.

<sup>164</sup> Cfr. MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, cit., 344.

a adstrição ao dever de informação implique para o respetivo sujeito passivo, e da relevância que a concreta informação reveste para o respetivo beneficiário<sup>165</sup>.

#### 4.4. *A triangularidade da situação fidejussória e a subsidiariedade da prestação de informação pelo credor fidejussório face à prestação de informação pelo devedor originário*

Não é sem razão que os deveres de informação do credor fidejussório são apresentados como um *caso de teste* na dogmática dos deveres de informação. A relação entre fiador e credor fidejussório está necessariamente interligada com uma relação entre credor fidejussório e devedor principal e, salvo casos excecionais, conexas-se também com uma relação entre devedor principal e fiador<sup>166</sup>. Considerada na sua globalidade, a situação jurídica fidejussória assenta, portanto, numa estrutura triangular, na qual cada relação bilateral entre os respetivos sujeitos se integra. Nisto consiste uma especificidade do problema da cominação de deveres de informação em benefício do fiador ao credor fidejussório face à generalidade dos problemas em que se questiona a adstrição de um sujeito a deveres de informação *ex bona fide*<sup>167</sup>. Nas situações fidejussórias típicas, ainda que não em todas, o fiador está numa ligação especial, tanto com o devedor principal, como com o credor fidejussório. No seio de cada uma delas, a determinação da cominação de deveres de informação faz-se de acordo com os critérios acima indicados<sup>168</sup>. No entanto, a possibilidade de, tanto o credor fidejussório, como o devedor principal serem potenciais devedores de informação do fiador gera um impasse na concretização do elemento do sistema móvel subjacente à cominação de deveres de informação que se refere à carência de informação do potencial beneficiário do dever. Afinal, se o fiador puder obter determinada informação do devedor originário, não se pode invocar a sua carência informativa para sustentar a cominação de um dever de informação ao credor fidejussório, ou pelo menos, esta terá um peso relativo diminuto na ponderação com os efeitos restritivos da cominação do dever na liberdade do respetivo sujeito passivo. O inverso tem também validade. Se o

<sup>165</sup> Cfr. *supra*, §§ 3.1.1. e 3.1.2.

<sup>166</sup> A contingência desta relação reporta-se apenas ao momento anterior ao cumprimento da obrigação garantida pelo fiador: a partir desse momento, o fiador constitui-se necessariamente credor do devedor principal (artigo 644.º).

<sup>167</sup> Esta especificidade da relação fidejussória é salientada por HOLGER FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, cit., 461 («o fluxo informativo corre aqui no triângulo comunicativo entre credor, fiador e devedor principal»). Enfatizando também os desvios à dogmática geral dos deveres de esclarecimento impostos pela trilateralidade das relações entre credor fidejussório, devedor principal e fiador, JOACHIM GERNHUBER, *Ruinöse Bürgschaften als Folge familiärer Verbundenheit*, JZ, 1995, 22, 1090.

<sup>168</sup> Cfr. *supra*, § 3.1.

fiador puder obter determinada informação junto do credor fidejussório, o peso do elemento «carência informativa», no quadro do sistema móvel acima indicado, será diminuto. Este impasse apenas pode ser resolvido através de uma valoração jurídica – e, portanto, necessariamente assente nas fontes – que estabeleça uma relação de prioridade entre a oneração do devedor principal e a oneração do credor fidejussório com deveres de informação em benefício do fiador.

Um critério de precedência pode ser inferido do artigo 646.º, do qual resulta a cominação ao devedor principal do dever de informar espontaneamente o fiador do cumprimento da obrigação garantida. Enquanto facto, e atendendo à sua relevância informativa, o cumprimento da obrigação garantida pelo devedor pode caracterizar-se pelas seguintes notas: (i) trata-se de um evento com incidência na esfera jurídica do fiador, dado que com o cumprimento da obrigação se extingue a vinculação fidejussória, (ii) trata-se de uma vicissitude da relação de base, da qual, por regra, o fiador não tem conhecimento direto, aspeto que justifica precisamente a cominação do dever<sup>169</sup>, e (iii) é tipicamente um evento do qual, tanto devedor principal, como credor fidejussório têm conhecimento. O primeiro e o segundo traços indiciam que se trata de um facto cuja ocorrência gera uma carência informativa justificativa da cominação de um dever de informação. O terceiro traço insere o cumprimento da obrigação garantida, enquanto evento relevante para o fiador, no centro da problemática relativa ao estabelecimento de uma ordem de precedência entre a cominação ao credor fidejussório ou ao devedor da relação principal. Ambos os sujeitos que estão numa ligação especial com o fiador têm conhecimento de um facto desconhecido deste e cujo conhecimento é para ele relevante. A norma resultante do artigo 646.º comina ao devedor principal, e não ao credor fidejussório, o dever de informar o fiador. O sentido da determinação legal pode ser generalizado a todos os casos em que se coloque a questão da cominação de deveres de informação ao credor fidejussório e os factos objeto do potencial dever de informação sejam diretamente conhecidos, tanto pelo credor fidejussório, como pelo devedor principal<sup>170</sup>. Existe, assim, uma precedência da cominação de deveres de informação em benefício do fiador ao devedor principal face à cominação de idênticos deveres ao credor fidejussório. Desconhecendo o

<sup>169</sup> A norma resultante do artigo 646.º tem como finalidade assegurar que o fiador tenha conhecimento de um facto cuja ocorrência tem implicações na sua esfera jurídica. Tendo já o fiador conhecimento da extinção da obrigação garantida, não existe qualquer razão justificativa da restrição da liberdade do devedor através da cominação de um dever. Consequentemente, o preceito deve ser interpretado como deixando fora do seu âmbito de aplicação as situações em que o fiador não tem conhecimento do cumprimento: à palavra «avisar», no contexto deste enunciado normativo, deve ser atribuído o significado de comunicar uma ocorrência *desconhecida* do destinatário.

<sup>170</sup> *A fortiori*, a mesma ordenação vale, como é evidente, para os casos em que o facto apenas é conhecido do devedor principal e não do credor fidejussório.

fiador um facto relevante para a sua autodeterminação e diretamente conhecido por devedor e credor fidejussório, ao discutir-se a cominação de um dever de informação ao devedor principal deve entender-se existir uma situação de carência informativa. Na mesma situação, na aferição da adstrição do credor fidejussório a um dever de informação de idêntico conteúdo, a concretização do elemento do sistema móvel referente à carência informativa do beneficiário do dever deverá seguir outro sentido: ainda que o fiador desconheça o facto relevante, tem uma pretensão à obtenção dessa informação face a um terceiro – o devedor principal –, pelo que essa carência informativa é, à partida, tida como irrelevante<sup>171</sup>.

<sup>171</sup> Este preceito não tem paralelo nos principais ordenamentos jurídicos de referência. Designadamente, o BGB não estatui nenhum dever, ainda que específico, de informação em benefício do fiador, seja ao devedor principal, seja ao credor fidejussório. Ainda assim, também nesse contexto tem sido sustentada uma precedência da adstrição do devedor principal a deveres de informação face à vinculação do credor fidejussório a idênticos deveres. Neste sentido, WOLFGANG BURGHARDT, *Aufklärungspflichten des Bürgschaftsgläubigers*, cit., 55, ao questionar a necessidade de proteção do fiador através do estabelecimento de deveres de informação em seu benefício, sustenta que o fiador já é titular de pretensões informativas perante o devedor principal, e que a cominação de deveres de esclarecimento ao credor fidejussório corresponderia a um reforço dessa tutela. Este encadeamento das pretensões informativas do fiador tem implícito uma precedência da vinculação do devedor principal à prestação de informação ao fiador. Não indica, contudo, qualquer apoio normativo no sentido dessa precedência. A mesma solução é proposta por JOACHIM GERNHUBER, *Ruinöse Bürgschaften als Folge familiärer Verbundenheit*, cit., 1090. Segundo GERNHUBER, a necessidade de esclarecimento do fiador levaria à vinculação do devedor principal e não do credor fidejussório, o que seria justificado por uma duplicidade de razões. A primeira prender-se-ia com a anterioridade da relação entre devedor principal e fiador face à relação de fiança em sentido estrito. Esta razão apenas tem pretensões de validade quanto às fianças prestadas em cumprimento de um contrato celebrado entre o fiador e o devedor. De fora ficam situações em que, havendo ligação especial entre todas as partes, não há uma dissociação cronológica entre a constituição da fiança e a constituição da obrigação garantida, como é o caso em que é celebrado um contrato trilateral cujo conteúdo conforma simultaneamente a relação de valuta e a relação de fiança. Mas mesmo nas fianças celebradas em cumprimento de um contrato anteriormente celebrado entre o devedor principal e o fiador, a precedência cronológica não pode ser tida como critério determinante de uma preferência do sistema pela oneração do devedor principal em detrimento da oneração do credor fidejussório. Até ao momento em que a segunda relação é constituída, a existência de uma situação de carência informativa do fiador perante o devedor principal pode mostrar-se improblemática. Pelo menos dentro do «triângulo fidejussório», o fiador não disporá, até esse momento, de qualquer outro canal informativo. Contudo, a partir do momento em que o fiador se encontra simultaneamente numa «ligação especial» perante o devedor principal e perante o credor fidejussório, permanece a questão sobre se a possibilidade de o fiador se informar junto do devedor principal tem como consequência que, perante o credor fidejussório, não seja reconhecida ao fiador qualquer carência informativa, ou se, ao invés, a constituição de uma relação do fiador com o credor fidejussório implica a cessação da adstrição do devedor principal a informar o fiador. Afinal, sempre se poderia continuar a argumentar que a constituição desta relação implica a vinculação do credor fidejussório a deveres de informação perante o fiador e, desta forma, possibilita a este último um canal informativo que tornaria desnecessária a oneração do devedor principal. O impasse quanto à preferência da cominação de deveres de informação em benefício do fiador permanece irresoluto por qualquer

A distribuição de deveres de informação entre as relações que formam o triângulo fidejussório é, por esta razão, marcada pela subsidiariedade da cominação de deveres de informação ao credor fidejussório face à prestação de informações pelo devedor principal ao fiador. Mas esta ordenação de precedência da oneração do devedor principal face à oneração do credor fidejussório não pode, no entanto, ser generalizada e utilizada como critério para a resolução de todos os problemas jurídicos nos quais se questiona a cominação de deveres de informação ao credor fidejussório. Ela assenta em dois pressupostos: por um lado, na existência cumulativa de ligações especiais entre fiador e credor fidejussório e entre fiador e devedor principal, por outro, na suscetibilidade de conhecimento direto dos factos objetos do potencial dever de informação, tanto pelo credor fidejussório, como pelo

critério com apoio nas fontes. A simples precedência temporal da «ligação especial» estabelecida entre o fiador e o devedor principal face àquela constituída entre aquele e o credor fidejussório não logra justificar a proposição segundo a qual a adstrição do credor fidejussório a deveres de informação em benefício do credor é desnecessária por o fiador ter uma pretensão informativa de igual conteúdo junto do devedor principal. Não há, pois, nenhum dado sistemático onde o critério cronológico se possa apoiar enquanto critério de preferência na cominação de deveres acessórios de informação em relações trilaterais. Em segundo lugar, a precedência da adstrição do devedor principal à prestação de informação ao fiador corresponderia aos usos do tráfego negocial. A compreensão deste argumento não pode ser dissociada da teoria formulada por GERNHUBER para os deveres acessórios em geral (cfr. do A., *Das Schuldverhältnis/Begründung und Änderung/Pflichten und Strukturen/Drittwirkungen, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen* (hrsg. GERNHUBER), Mohr, Tübingen, 1989, 180): os deveres acessórios visariam assegurar um comportamento leal e honesto de acordo com os padrões morais dominantes no tráfego negocial. Com isto, o A. subtrai o preenchimento da boa fé enquanto regra de conduta aos vetores do ordenamento jurídico, remetendo a sua concretização para critérios ônticos. Esta conceção da boa fé objetiva, segundo a qual corresponderia a uma norma de reconhecimento de padrões extrajurídicos, é ainda um resultado interpretativo (no caso do autor, do § 242 BGB, na versão anterior à modernização do direito das obrigações, em transposição para o ordenamento português, do artigo 762.º, n.º 2). Como tal, tem de ser justificado em conformidade com os critérios de interpretação aceites em cada ordenamento. Contudo, o A. não apresenta argumentos para sustentar essa interpretação, pelo que a sua posição incorre no vício de derivar padrões jurídico-normativos de uma moral social. Também RÜDIGER WOSNITZA, *Das Recht auf Auskunft im bankvertraglichen Dauerschuldverhältnis*, Nomos, Baden-Baden, 1991, 166, vem sustentar que o fiador não careceria da prestação de informações pelo credor fidejussório por ser titular de um direito à prestação de informações perante o devedor principal, o qual decorreria de uma aplicação analógica do § 666 BGB, equivalente ao artigo 1161.º alínea b) do Código Civil: com a referência ao dever de informação do mandatário assente neste preceito por último referido, aqui apenas aplicável por analogia, apenas se justifica que o fiador que presta fiança em execução de um prévio contrato celebrado com o devedor da obrigação principal tem perante este um direito de informação. Para além da evidente limitação da extensão com que o critério pode ser tido como relevante – o argumento, mesmo que precedente, apenas relevaria nas fianças prestadas dessa forma –, a vigência de uma norma cuja aplicação atribua uma pretensão informativa ao fiador perante o devedor ordenante da prestação de fiança não logra também justificar a preferência da adstrição do devedor principal à prestação de informações ao fiador sobre a vinculação do credor fidejussório à prestação das mesmas informações.

devedor principal. Apenas nos casos em que se verifiquem simultaneamente os referidos pressupostos, se verificam as premissas sobre as quais se forma a conclusão daquela subsidiariedade. Sucede, contudo, que nenhum desses dois pressupostos é comum a todas as situações problemáticas relativas à cominação de deveres de informação ao credor fidejussório. Por outro lado, o alcance desta precedência da cominação de deveres de informação ao devedor principal deve ser precisado.

Com esta relação de subsidiariedade não se pretende afirmar que o fiador que tem um direito à transmissão de informação pelo devedor principal não tem, por ser titular dessa posição jurídica ativa, necessidade de ser informado pelo credor fidejussório dos factos cuja transmissão é imposta ao devedor principal. A colmatação do défice informativo do fiador não opera *ex lege*. A carência informativa é compensada através do *cumprimento do dever de informação* pelo devedor de informação. Não ocorrendo a devida colaboração do devedor de informação, a carência informativa mantém-se<sup>172</sup>. Mesmo admitindo-se a possibilidade de execução coativa dos direitos à informação em geral, inclusive dos direitos ao esclarecimento<sup>173</sup>, sem a colaboração devida pelo sujeito passivo do dever, a carência informativa manter-se-á até ao momento da sua efetiva transmissão ao fiador, o que assume acrescida importância nas situações em que a tempestividade do exercício de posições jurídicas ativas dependa do conhecimento tempestivo dos respetivos factos constitutivos<sup>174</sup>. A precedência da cominação de deveres de informação ao devedor principal face à cominação dos mesmos deveres ao credor fidejussório não implica, portanto, que este último esteja numa posição de imunidade à adstrição de deveres de informação em benefício do fiador. Dela resulta uma delimitação das circunstâncias em que estes deveres podem ser cominados, mas não a exclusão destes.

A delimitação das situações em que esses deveres são cominados ao credor fidejussório, ou pelo menos a identificação de critérios aptos a delimitar essas situações, apenas pode ser feita através da concatenação entre os princípios subjacentes à cominação de deveres de informação *ex bona fide*. A resolução da tensão entre estes implica a respetiva ponderação, nos moldes de mobilidade acima expostos<sup>175</sup>.

<sup>172</sup> O entendimento segundo o qual se um sujeito tem direito a ser informado por outrem não carece de informação é logicamente incorreto, por incorrer na *falácia normativista*, *i.e.*, por pretender derivar uma proposição referente à carência informativa enquanto facto (uma proposição ótica) da atribuição de uma posição jurídica pelo ordenamento (uma proposição deontica). Sobre esta, cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao direito*, *cit.*, 46.

<sup>173</sup> Cfr. *infra*, n. 229.

<sup>174</sup> A afirmação inversa é igualmente verdadeira: tendo o fiador acesso a determinada informação, por esta lhe ser transmitida por outrem (*v.g.*, pelo devedor principal) sem que esteja juridicamente vinculado a essa transmissão, este não estará numa situação de carência informativa.

<sup>175</sup> Cfr. *supra*, § 3.1.3.



#### 4.5. *A ponderação entre a promoção da autodeterminação do fiador e a proteção da liberdade do credor fidejussório na cominação de deveres de informação*

Adstringir um sujeito a informar outro implica restringir a liberdade do primeiro em benefício da promoção da correta percepção da realidade deste último. À decisão do intérprete-aplicador quanto a esta adstrição subjaz assim sempre uma tensão entre o princípio de liberdade geral de ação e uma razão justificativa dessa adstrição, o princípio da autodeterminação, cujo grau de satisfação depende, entre outros fatores, da correção e suficiência da base informativa de que os sujeitos dispõem para tomar as suas decisões pessoais e patrimoniais. A determinação da prevalência entre um destes princípios postula um juízo de ponderação. Este juízo é necessariamente contextual: apenas atendendo às especificidades de cada situação concreta de tensão entre os referidos princípios é possível fundamentar a prevalência *in casu* de um ou de outro vetor. A questão da cominação de deveres de informação ao credor fidejussório não se subtrai a este enquadramento. Os casos em que um sujeito presta fiança para garantia dos créditos de outrem são heterogêneos entre si. Por este motivo, é impossível apresentar um elenco de factos, válido para todas as relações fidejussórias, que o credor fidejussório deve comunicar ao fiador. As razões para e contra a adstrição do credor fidejussório à prestação de informações ao fiador, bem como o respetivo peso, oscilarão em função das características de cada concreta situação<sup>176</sup>. A concretização dos modelos de decisão que se pretende fornecer passa, assim, pela indicação de aspetos presentes em algumas classes de relações fidejussórias e da relevância que estes podem ter na mensuração da carência informativa do potencial beneficiário da informação e do esforço exigido ao potencial sujeito passivo do dever.

A posição do fiador é caracterizada por um tendencial défice informativo quanto a factos dos quais depende o conhecimento do perigo que para ele resulta, a cada momento, da prestação da fiança<sup>177</sup>. A delimitação das obrigações cobertas

<sup>176</sup> Corretamente: WOLFGANG BURGHARDT, *Aufklärungspflichten des Bürgschaftsgläubigers*, cit., 57 ss. e ROLF KNÜTEL, *Diligenzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen*, cit., 585, ainda que nenhum dos autores tire as devidas consequências desta dependência contextual, dado não renunciarem à formulação de um elenco de classes de factos que devem ser transmitidos pelo credor fidejussório ao fiador.

<sup>177</sup> Relembre-se a estipulação do significado com que a palavra «perigo» é aqui utilizada e a sua contraposição ao conceito de risco, em *supra*, n. 9. Sobre a característica carência informativa do fiador, cfr. as sínteses de ROLF KNÜTEL, *Diligenzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen*, cit., 583 ss. e NICOLAS W. FONTAINE e *Diligenzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen*, cit., 93-94. Como este último A. não deixa de salientar (*op. cit.*, 127) num grande conjunto de situações a informação relevante para o fiador é acessível por este sem a necessidade da colaboração de qualquer terceiro, designadamente o credor fidejussório: pense-se nas situações em que a sociedade que é principal devedora na relação de valuta divulga os seus documentos de prestação de contas e a informação cuja obrigatoriedade da transmissão se questiona se refere a um aspeto da situação patrimonial dessa sociedade que se encontra refletido nos documentos divulgados.

pelo fiador e do respetivo valor depende, nas fianças que cubram créditos futuros, da constituição desses créditos<sup>178</sup> e, em todos os casos em que o limite da responsabilidade fidejussória não seja estipulado entre fiador e credor fidejussório de uma forma *fixa*, do decurso da relação entre as partes (artigo 634.º)<sup>179</sup>. Pela negativa, a perceção da extinção do risco, devido à extinção da obrigação garantida, depende do conhecimento da ocorrência dos respetivos factos extintivos. O perigo de vir a ser chamado a cumprir as obrigações cobertas através da prestação de fiança depende ainda da existência de meios de defesa ao dispor do devedor principal das obrigações garantidas (artigo 637.º), da possibilidade de o devedor extinguir por compensação o crédito garantido ou de anular o respetivo negócio constitutivo (artigo 642.º), da extinção de garantias reais sobre os créditos cobertos pela fiança (artigo 639.º), da verificação de algum dos eventos que são pressupostos da atribuição ao fiador de um poder de se desvincular da fiança (artigo 648.º) ou da ocorrência de factos que, não estando cobertos pelos «riscos próprios do negócio», impliquem uma perturbação superveniente da base do negócio (artigo 437.º) e a consequente atribuição ao fiador de resolver a fiança por alteração das circunstâncias<sup>180</sup>. Todos estes factos atribuem ao fiador o poder de impedir, ainda que temporariamente, a sua vinculação à satisfação dos créditos garantidos ou extinguir a cobertura fidejussória e, desta forma, diminuem o perigo de o fiador ser chamado a satisfazer créditos cobertos. Por fim, também a situação patrimonial do devedor principal é relevante para a aferição deste perigo quando a fiança for subsidiária (artigo 638.º), sendo ainda relevante, mesmo quando a fiança não for subsidiária, para a aferição do perigo de, cumprindo obrigações garantidas, não conseguir recuperar a quantia despendida junto do devedor principal. O inverso sucede, por exemplo, com a *constituição* de garantias reais para segurança dos créditos que também são objeto da cobertura fidejussória, a qual significa o decréscimo dos riscos suportados pelo fiador.

<sup>178</sup> É para este efeito irrelevante se a fiança cobre apenas um crédito ou se cobre uma pluralidade (determinada ou indeterminada) de créditos futuros do credor fidejussório.

<sup>179</sup> Designadamente, da determinação da prestação da obrigação garantida (quanto esta seja indeterminada), da constituição de obrigações indemnizatórias, por mora ou incumprimento definitivo, neste último caso, do *quantum* devido pelo devedor principal ao credor fidejussório a título indemnizatório. Sobre a dispositividade da norma resultante do artigo 634.º, cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., 602 ss.

<sup>180</sup> Como é sabido, sujeição da fiança ao regime da alteração das circunstâncias tem sido contestada com base na sua caracterização como «negócio de risco». Contudo, a cobertura de riscos pela fiança não é omnicompreensiva. Nem todos os riscos são «riscos próprios do contrato» e apenas esses estão à partida excluídos do âmbito de aplicação do (artigo 437.º, n.º 1). Ainda que o âmbito de aplicação deste instituto aos «negócios de risco» seja limitado, não há razão para negar globalmente a aplicação do regime da alteração das circunstâncias (Cfr., *inter alia*, MARTIN HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, cit., 329 ss.).

Ao conhecimento pelo fiador das posições jurídicas que, a cada momento são imputadas na sua esfera, bem como à avaliação da probabilidade de algumas dessas posições se concretizarem em efetivas desvantagens, *maxime* de ser chamado a cumprir as obrigações de garantia de que seja titular, é necessário o conhecimento destes factos e de outros com implicações semelhantes<sup>181</sup>. Contudo, e como tem vindo a ser salientado ao longo deste texto, na generalidade das situações, o fiador não tem conhecimento direto destes factos. Nas situações típicas, o fiador não presencia os eventos cuja ocorrência faz oscilar o perigo decorrente da prestação de fiança, nem tem meios próprios – *i.e.*, que não dependam da colaboração de terceiros – para obter esse conhecimento.

Pode ter-se como premissa que todos os factos dos quais depende a oscilação da probabilidade de concretização dos riscos assumidos relevam para as decisões do fiador sobre a sua vinculação fidejussória (por exemplo, sobre o exercício de poderes que lhe permitam a sua desvinculação da fiança) ou, mais amplamente, para que este possa tomar decisões conscientes sobre os mais diversos assuntos relacionados com a sua situação patrimonial. Ainda que o fiador não declare ter interesse no conhecimento destes casos, é razoável presumir ser essa a sua vontade<sup>182</sup>. Pode assim entender-se que o desconhecimento destes factos pelo fiador – como será a situação mais comum – permite a constatação de uma situação de carência informativa, *prima facie* justificadora da cominação de deveres de informação aos sujeitos cujas relações para com o fiador devam ser modeladas pelos parâmetros da boa fé objetiva.

Porém, na atribuição de peso ao elemento referente à carência informativa do devedor de informação não releva apenas a constatação do desconhecimento de factos relevantes. Importa ainda aferir, em cada caso, se o fiador tem acesso à informação através da sua comunicação – devida ou supererrogatória – por um terceiro<sup>183</sup>.

<sup>181</sup> A enunciação feita em texto não tem pretensões de exaustividade. Referem-se as classes de factos que são paradigmaticamente relevantes para o fiador aferir o perigo que para ele implica, a cada momento, a cobertura fidejussória. Contudo, a enunciação não precisa de ser completa para cumprir o seu objetivo (nem, sendo o critério da relevância um critério referente, em primeira linha, à vontade do fiador, nunca o poderia ser): demonstrar a acentuada situação de carência informativa em que, tipicamente, o fiador se encontra.

<sup>182</sup> Na falta de elementos relativos às preferências subjetivas do beneficiário, a vontade presumida aproxima-se de um juízo de utilidade objetiva (cf. o lugar paralelo, a propósito do conceito de vontade presumida no artigo 465.º, alínea a), em ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II/III, *cit.*, 97). Ora, os factos referidos em texto são, em situações comuns (em situações de atuação «racional» do sujeito), relevantes para a tomada de decisões pelos sujeitos na mesma situação que o potencial beneficiário do dever; pelo que devem ser consideradas *úteis* para este último.

<sup>183</sup> Cfr. ROLF KNÜTEL, *Diligenzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen*, *cit.*, 585, STEPHAN DREISMANN, *Bürgenschutz durch Gläubigerdiligenz?*, *cit.*, 237 e MATTHIAS PFEIFFER, *Nebenpflichten des Bürgschaftsgläubigers gegen dem Bürgen*, *cit.*, 103.

Esta possibilidade de acesso indireto aos factos, cujo desconhecimento implica o reconhecimento *prima facie* de uma carência informativa, não é rara na prestação de fianças. O exemplo mais simples em que esta possibilidade existe corresponde àqueles casos em que a adstrição do devedor principal à prestação de informações ao fiador é estipulada no contrato entre estes celebrados<sup>184</sup>. Mas não é o único. Particular relevância no tráfico negocial tem a situação da fiança prestada por um sócio para garantia de obrigações contraídas pela sociedade. Aqui, a própria participação do sócio na sociedade atribui-lhe direitos de informação perante a sociedade<sup>185</sup>. Na medida em que seja possível ao sócio-fiador aceder aos factos em causa, através do exercício de direitos sociais perante a sociedade-devedora,

<sup>184</sup> Esta estipulação não é usual nos contratos celebrados para a prestação de fiança. Já nos contratos mediante os quais uma instituição de crédito se obriga, perante um cliente, a celebrar, com um terceiro, um contrato de garantia autónoma – os quais são funcionalmente idênticos aos contratos mediante os quais o futuro fiador se obriga a prestar fiança a um terceiro – não é invulgar a estipulação dos chamados *informational covenants*, que técnico-juridicamente correspondem a obrigações do ordenante transmitir ao garante factos relacionados com a relação de base (sobre os *informational covenants*, na perspectiva de um ordenamento jurídico romano-germânico, e ainda que a propósito da sua integração em contratos de concessão de crédito, cfr. JULIA RUNGE, *Covenants in Kreditverträgen/ Grenzen der Einflussnahme von Kreditgebern*, RWS, Köln, 2010, 29). Nada impede que as mesmas obrigações sejam estipuladas em contratos de prestação de fiança a terceiro.

<sup>185</sup> Cfr., em geral, o artigo 21.º, n.º 1, alínea c), para as sociedades por quotas o artigo 214.º, para as sociedades anónimas, consoante o sócio tenha uma participação inferior ou superior a 10% do capital social, os artigos 288.º e 291.º, todos do CSC). Poder-se-ia questionar se a exigência de informação pelo sócio-fiador à sociedade sobre os negócios correspondentes à relação de base e com o objetivo de colmatar a sua carência informativa enquanto fiador se deveria considerar como «utilização da informação para fins estranhos à sociedade», o que tornaria lícita a recusa da informação pelos administradores no caso de essa utilização ser prejudicial à sociedade ou algum dos seus acionistas [artigos 215.º, n.º 1 e 291.º, n.º 4, alínea b) CSC, respetivamente relativos às sociedades por quotas e às sociedades anónimas]. Na verdade, a informação não visa aqui auxiliar o exercício dos direitos integrantes da participação social. E importa também ter presente que a obtenção pelo fiador de alguma informação pode pelo menos causalmente determinante de eventos desvantajosos. Pense-se na informação sobre a ocorrência de um facto relativo à relação de base, que permita ao fiador libertar-se da fiança, o que pode provocar a exigibilidade antecipada das obrigações garantidas ou colocar a sociedade devedora na sujeição de ser obrigada a prestar nova garantia artigo 780.º, n.ºs 1 e 2). A questão merece ponderação. Em especial, naquelas situações em que os sócios são chamados a prestar fiança (pelos administradores, pelos restantes sócios ou pelos credores) *por serem sócios* e apenas prestam fiança dado o seu interesse, *enquanto sócios*, no sucesso económica da sociedade – situação frequente no tráfico negocial, em especial na concessão de crédito por instituições de crédito de pequenas e médias sociedades – parece sustentável que a obtenção de informação pelo sócio-fiador, embora pretendida para o conhecimento do perigo que a prestação de fiança implica *para si*, pode ainda ser considerada como utilização da informação para fins conexos com a sociedade (para uma tipologia das situações de prestação de fiança por sócios às respectivas sociedades comerciais, cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., 686 ss.).

não se poderá sustentar uma carência informativa perante o credor fidejussório<sup>186</sup>. Por fim, na generalidade das situações fidejussórias, o fiador está numa ligação especial, não só com o credor fidejussório, mas também com o devedor principal. Isto não vale apenas para as situações, predominantes na prática negocial, em que a fiança é prestada em cumprimento de um contrato previamente celebrado entre devedor principal e fiador. Também nas situações em que a fiança é constituída através de um contrato a favor de terceiro, e em que, portanto, o crédito fidejussório é constituído na esfera do credor por efeito de um contrato celebrado entre fiador e um terceiro (tipicamente, mas não necessariamente, o devedor principal), bem como naquelas em que a fiança é constituída através de contrato trilateral (celebrado entre credor fidejussório, devedor principal e fiador), é inegável a existência de uma ligação especial entre fiador e devedor principal. Atendendo à subsidiariedade da cominação de deveres acessórios de informação ao credor fidejussório, face à oneração do devedor principal<sup>187</sup>, sendo o fiador potencial beneficiário de deveres acessórios de comportamento cominados ao devedor principal e ao credor fidejussório, na ponderação subjacente à adstrição deste último à transmissão de informações ao fiador, deve entender-se que o fiador tem um canal informativo que lhe permite o acesso a essa informação sem a cominação desse dever, designadamente um direito à informação perante o devedor principal.

Contudo, esta precedência dos deveres de informação do devedor principal face aos deveres de informação do credor fidejussório não tem um âmbito de aplicação irrestrito. A delimitação desse âmbito é essencial para compreender as situações em que o ordenamento comina deveres de informação. Este recorte deve ser feito através de três critérios, operando essa precedência: (i) quando haja razões para, *prima facie* (isto é, antes do estabelecimento desta ordem de prevalência), cominar o dever de informação, tanto ao devedor principal, como ao credor fidejussório, (ii) quando, sendo o dever cominado, a obtenção de informação pelo fiador não seja frustrada através do seu incumprimento pelo respetivo sujeito passivo e (iii) quanto a factos da relação de valuta que sejam diretamente conhecidos pelo devedor principal e pelo credor fidejussório. A subsidiariedade da prestação de informações pelo credor fidejussório face à prestação de informações pelo devedor principal, corretamente recortada, está assim longe de consumir todas as situações em que o desconhecimento, pelo fiador, de factos relevantes suscita o problema da cominação de deveres de informação em seu benefício.

O primeiro critério abrange, desde logo, todas aquelas situações em que a fiança é prestada *sem conhecimento ou contra a vontade* do devedor principal

<sup>186</sup> Salienta-o HOLGER FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, cit., 466.

<sup>187</sup> Cfr. *supra*, § 4.4.

(artigo 628.º). Neste conjunto de casos, para além de não existir nenhuma relação jurídica entre fiador e devedor principal, ou não existir sequer qualquer *contacto social* entre estes sujeitos (assim, na prestação de fiança sem conhecimento do devedor), ou, havendo alguma interação fáctica entre estes sujeitos, esse contacto é caracterizado por um expresse antagonismo entre as pretensões das partes (prestação de fiança contra a vontade do devedor), o que, na verdade, nem é sequer suficiente para preencher os pressupostos exigidos pelas designadas teorias do «contacto social» como critério da verificação de uma ligação especial, dado que estas exigem a *organização*<sup>188</sup> do contacto social ou que este seja caracterizado por uma *comunhão de perigos*<sup>189</sup>. Nestes casos, fica liminarmente excluída a possibilidade de uma cominação de um dever de informação *ex bona fide* ao devedor principal. No que concerne à questão sobre a adstrição do credor fidejussório a deveres de informação perante o fiador, daqui decorre que o peso da carência informativa do fiador não é, nesses casos, mitigado pela possibilidade de acesso indireto à informação. O mesmo sucede quando, havendo uma ligação especial entre fiador e devedor principal, não estão preenchidos os pressupostos da cominação de qualquer dever de informação a este último. Atendendo à pluralidade de princípios aptos a fundamentar a constituição destes deveres<sup>190</sup> isso significa que, nem o princípio da autodeterminação, nem o princípio da tutela da confiança fornecem, atendendo às especificidades da situação, razões suficientes para a preterição contextual da liberdade do devedor principal. Será, por exemplo, o caso em que, por um lado, o devedor principal não dispõe da informação e a sua obtenção é-lhe impossível ou extremamente onerosa e, por outro, este não gerou no espírito do fiador qualquer situação de confiança subjetiva em que a informação lhe seria por ele transmitida.

O segundo critério concretiza a ideia de que a carência informativa do fiador apenas é mitigada se houver a possibilidade de este aceder a uma base factual decisória suficiente por outra via, que não a cominação do dever ao credor fidejussório. A cominação de um dever (por lei estrita ou *ex bona fide*, ao devedor principal ou a um sujeito externo à relação fidejussória) não é, por si só, suficiente para que o

<sup>188</sup> Cfr. GÜNTHER TEUBNER, *Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, Luchterhand, Neuwied, 980, § 242, n.º 58.

<sup>189</sup> Cfr. FRANZ BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Springer, Wien, 1996, 210, n. 213. Lembre-se que, de todo o modo, esta tese sempre foi minoritária (cfr. PETER KREBS, *Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten*, cit., 33 ss.) e que, no plano da política legislativa, foi afastada pela revisão do BGB de 2002, através do § 311 (3). Sobre a cláusula geral dos «semelhantes contactos negociais» (*ähnliche geschäftliche Kontakte*) e a intenção legislativa de, através da sua consagração, afastar a teoria do contacto social, cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, JZ, 2001, 56, 520 e WOLFGANG FIKENTSCHER/ANDREAS HEINEMANN, *Schuldrecht*, cit., 59.

<sup>190</sup> Cfr. *supra*, § 2.4.

fiador obtenha conhecimento dos factos objetos desse dever: a finalidade visada pelo dever (a promoção da suficiência da base informativa sobre a qual assenta a autodeterminação do fiador) apenas é alcançada em caso do seu cumprimento<sup>191</sup>. Sendo esse dever incumprido, o comportamento do sujeito passivo do dever será qualificado como ilícito. Independentemente das sanções que sejam aplicáveis ao sujeito que violou o dever de informação, a carência informativa mantém-se, não obstante a cominação do dever. Seria incompatível com o fundamento dos deveres de informação independentes da confiança do seu beneficiário depreciar a relevância da carência informativa do fiador por este ser titular de uma pretensão informativa que, por falta da colaboração devida, não lhe permita *efetivamente* o acesso à informação de que carece.

Por fim, a inferência com base no artigo 646.º de um critério valorativo que subsidiariza a adstrição do credor fidejussório à prestação de informações ao fiador perante a vinculação do devedor principal à prestação das mesmas informações apenas procede relativamente aos factos que sejam diretamente conhecidos por ambas as partes da relação de base<sup>192</sup>. De fora ficam todos aqueles factos que digam exclusivamente respeito à esfera do devedor principal, que não sejam diretamente conhecidos pelo credor fidejussório (*v.g.*, a insolvência do devedor), e, inversamente, aqueles factos que apenas são do conhecimento direto do credor fidejussório e não do devedor principal (*v.g.*, a extinção de garantias reais prestadas por terceiro para garantia de créditos cobertos pela fiança).

A identificação de uma situação de carência informativa do fiador, ainda que relevante, não é o único critério para a cominação de deveres de informação em seu benefício, neste caso, adstringido o credor fidejussório a essa informação. Resultando, logicamente, a cominação de um dever numa restrição da liberdade do respetivo sujeito passivo, é necessário ponderar os benefícios marginais obtidos para a autodeterminação do fiador através da cominação do dever com a amplitude da restrição da liberdade operada na esfera do credor fidejussório com a cominação do dever.

A concretização do peso a atribuir à restrição da liberdade do credor fidejussório, que seria operada pela vinculação deste a informar o fiador, deve partir de uma disjunção consoante o credor fidejussório tenha, ou não, conhecimento dos factos objetos do dever de informação no momento em que se afere a cominação do dever. Não tendo conhecimento desses factos, nova disjunção se impõe: o acesso pelo credor fidejussório a esses factos é, ou não, possível. Sendo impossível, fica excluída a cominação do dever. Em todos os outros casos, a mensuração da relevância da restrição da liberdade do credor fidejussório passará, necessariamente,

<sup>191</sup> Cfr. *supra*, § 4.4.

<sup>192</sup> Cfr. *supra*, § 4.4.

pelo esforço que a transmissão da informação implicará, se imposta. Tendo o credor fidejussório conhecimento dos factos objetos do potencial dever de informação, esse esforço será diminuto<sup>193</sup>. Já quando o potencial dever de informação incidir sobre factos que são desconhecidos do credor fidejussório, a cominação do dever implicará um conjunto de comportamentos adicionais necessários à prévia obtenção que o credor fidejussório precisa de conhecer para, depois, a transmitir ao fiador. Ainda que esses comportamentos não estejam formalmente sujeitos a um estatuto deontico de imposição<sup>194</sup>, a transmissão de informação ao credor fidejussório – essa sim, devida – reclama a prévia obtenção dessa informação. Esta obtenção exige o dispêndio de tempo (na linguagem económica, tem um *custo de oportunidade* para o sujeito passivo do dever) e, frequentemente, de meios pecuniários<sup>195</sup>. Mas este peso acrescido da restrição da liberdade do credor fidejussório não leva automaticamente a uma resposta negativa quanto à questão da cominação do dever de informação ao credor fidejussório, ao contrário do que parecem pretender Habersack<sup>196</sup> e Fleischer<sup>197</sup>, e ao contrário do que seria forçoso sustentar caso se concebesses os deveres de informação como um instrumento de *nivelação* da informação disponível entre as partes em relação<sup>198</sup>. A relevância da acrescida agressividade para a liberdade do credor fidejussório da cominação de deveres de informação sobre factos que não são do seu conhecimento releva na atribuição de um *maior peso relativo* do princípio da liberdade geral, enquanto razão para a não cominação de deveres de informação. Este peso será tanto maior quanto mais onerosa e quanto mais dispendiosa for a obtenção da informação em causa pelo credor fidejussório<sup>199</sup>. Contudo, uma resposta final (uma resposta que leve já em conta a ponderação de todos os fatores relevantes) à questão da cominação do dever de informação ao credor fidejussório depende também do peso relativo das razões existentes *para* a cominação desses deveres, designadamente

<sup>193</sup> Salienta-o ROLF KNÜTEL, *Dilignzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen*, cit., 583, ainda que não restrinja a sua afirmação aos casos em que a prestação de informação pelo credor fidejussório não implique uma prévia atuação tendente à sua própria informação.

<sup>194</sup> Cfr. *supra*, n. 119.

<sup>195</sup> Cfr. HOLGER FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, cit., 466–467.

<sup>196</sup> Cfr. MATHIAS HABERSACK, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 4. Auflage, C.H. Beck, 2004, § 765, n.º 40.

<sup>197</sup> Cfr. HOLGER FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, cit., 467 (a propósito dos deveres de informação *in contrahendo* do credor fidejussório).

<sup>198</sup> Cfr. *supra*, § 2.3.: como é evidente, se a função dos deveres de informação fosse a de *nivelar* os acervos informativas de que ambas as partes dispõem, não seria coerente com esse fundamento a cominação de deveres de informar sobre factos dos quais o próprio sujeito passivo do dever não tem conhecimento no momento em que se inicia a sua adstrição ao dever.

<sup>199</sup> *Supra*, § 3.1.2.



da dimensão da carência informativa do fiador<sup>200</sup>. Uma resposta afirmativa ou negativa – repete-se – apenas pode ser dada perante cada caso concreto<sup>201</sup>, pelo que qualquer tentativa de se apresentarem, com pretensão de aplicabilidade a todas as situações deste tipo, níveis de esforço exigíveis ao credor fidejussório na obtenção de informação de cujo conhecimento o fiador careça, está votada ao fracasso. Mas um acréscimo de concretização deste modelo de decisão é possível através de afirmações tendenciais a este respeito. Assim, se o credor fidejussório não tiver qualquer instrumento de informação que lhe permita aceder a essa informação (*v.g.*, direitos de informação contra o devedor principal) e não ocorrer nenhuma situação que atribua à carência informativa do fiador um peso exorbitante, não serão, por regra, cominados deveres de informação ao credor fidejussório sobre factos que, relevando para o conhecimento pelo fiador do perigo implicado pela cobertura fidejussória, concernam a estados ou comportamentos do devedor principal *fora da sua relação com o credor fidejussório*, como a sua situação patrimonial, a impossibilidade de este ser demandado ou executado em território português, ou factos como o desemprego, o encarceramento do devedor principal, que são fortemente indiciários de um acentuado decréscimo futuro do seu património<sup>202</sup>.

<sup>200</sup> Por esta razão, e por tudo o que se expôs no ponto § 3.1.3., são incorretas afirmações lineares como a de MATTHIAS PFEIFFER, *Nebenpflichten des Bürgschaftsgläubigers gegen dem Bürgen*, *cit.*, 104, de que «a fronteira [da adstrição do credor fidejussório a deveres de informação perante o fiador] deve ser traçada onde a prestação de informação seja prejudicial a interesses dignos de tutela jurídica do obrigado» – o que, bem vistas as coisas, é um oxímoro: a cominação de um dever restringe sempre um bem jurídico do respetivo sujeito passivo, designadamente a sua liberdade. O foco do problema está antes em saber qual o grau de sacrifício dessa liberdade é que é proporcional à tutela de outros vetores do ordenamento. E para a resposta a essa questão, afirmações lineares como a de PFEIFFER não são de qualquer utilidade.

<sup>201</sup> Cfr. *supra*, § 3.1.3.

<sup>202</sup> O dever do credor fidejussório de informar o fiador da iminente insolvência do devedor principal é sustentado por alguma doutrina alemã, tendo inclusive tido acolhimento na jurisprudência do BGH (*v.g.* 16.3.1989 – IX ZR 171/88 (Celle), disponível em NJW 1989, 25, 1605–1606). Nesse sentido, NICOLAS W. FONTAINE, *Diligenzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen*, *cit.*, 126 ss. e MATTHIAS PFEIFFER, *Nebenpflichten des Bürgschaftsgläubigers gegen dem Bürgen*, *cit.*, 107, este último sustentando um dever de informar o fiador sempre que ocorram factos que ponham em risco a eventual pretensão de regresso do fiador em caso de cumprimento da obrigação garantida. Note-se, todavia, que na fundamentação dessas posições é sempre assumido que o credor fidejussório conhece os factos em questão. Pelo que em cima foi exposto, não se pode concordar sem mais com estas afirmações: aceitando-se a subsidiariedade da vinculação do credor fidejussório com deveres de informação face à adstrição do devedor principal à comunicação dos mesmos factos ao fiador, deve entender-se que apenas nas situações em que o devedor principal não esteja adstrito à prestação de informações ao credor fidejussório ou, estando-o, incumpe os deveres que lhe são cominados em benefício do fiador, se pode entender existir uma carência informativa do fiador perante o credor fidejussório *prima facie* apta a justificar a oneração deste com deveres de informação. Nesse caso, haverá que ponderar

As últimas páginas permitem já uma considerável aproximação, através de uma série de delimitações negativas, às classes de situações em que o credor fidejussório é vinculado à prestação de informações ao fiador. Desde logo, estes deveres só podem ter por objeto factos relevantes para o fiador, que este desconheça e relativamente aos quais não tenha uma pretensão informativa contra terceiro – designadamente, contra o devedor principal –, situação à qual devem ser equiparadas aquelas em que o credor fidejussório tem uma pretensão informativa contra terceiro que, por falta de colaboração deste, não lhe permite, *de facto*, o acesso à informação. Excluindo os casos muito marginais nos quais existe lei estrita ou estipulação negocial constitutiva de uma pretensão informativa do fiador contra o devedor principal, por regra esses direitos de informação têm como correlativo deveres de informação cominados *ex bona fide*. Pressupõem, pois, que entre fiador e devedor principal exista uma relação especial, bem como razões suficientes para, dentro desta ligação especial, restringir a liberdade do devedor principal, adstringindo-o à prestação de informação ao fiador.

A existência dessa ligação especial não está implicada como necessária na relação entre fiador e devedor principal. Desde logo, nas fianças prestadas sem conhecimento ou contra a vontade do devedor principal não se verifica aquela ligação especial. Daqui decorre logicamente um importante corolário: a extensão dos deveres de informação do titular de créditos, garantidos por fiança prestada sem conhecimento ou contra a vontade do respetivo devedor, é mais ampla do que a dos deveres de informação do credor fidejussório garantido pelo fiador em cumprimento de um acordo com o devedor principal, ou do que a do credor garantido por fiança prestada através de contrato trilateral.

Não obstante a verificação de uma carência informativa do fiador com relevância na sua relação face ao credor fidejussório, a cominação de um dever de informação é liminarmente excluída se este último desconhecer o facto objeto do potencial dever e não lhe for possível aceder a esse facto. Aos factos, cujo conhecimento pelo credor fidejussório é impossível, equiparar-se-ão tendencialmente aqueles que, sendo-lhe desconhecidos, são de obtenção pesadamente dispendiosa para o credor fidejussório, dada a implausibilidade da existência de razões suficientemente ponderosas para contrabalançar a forte restrição da sua liberdade que implicaria a cominação do dever ao credor fidejussório: este critério excludente

o valor da colmatação da carência informativa do fiador e o desvalor da restrição da liberdade do credor fidejussório. Ora, por regra, estas situações serão desconhecidas do credor fidejussório, pelo que, enquanto se mantiver esse desconhecimento, o cumprimento pelo credor fidejussório de deveres de informação sobre a situação patrimonial do devedor principal implicaria a prévia recolha de informação, que, ainda que não fosse impossível (no sentido em que a palavra é usada nos artigos 280.º, n.º 1 e 401.º, ou seja, *absolutamente* impossível), seria de extrema dificuldade.

abrange a generalidade dos estados ou eventos relacionados exclusivamente com o devedor principal, que, assim, salvo circunstâncias altamente excepcionais, apenas podem ser objeto de um dever de informação cominado ao credor fidejussório quando forem já do seu conhecimento. Este corolário deve ser conjugado com o critério delimitativo anteriormente exposto: apenas é admissível a cominação de deveres de informação ao credor fidejussório sobre a ocorrência de factos ou a verificação de estados relacionados exclusivamente com o devedor principal quando (i) estes forem conhecidos do credor fidejussório no momento em que se equaciona a cominação do dever e (ii) o fiador não tenha um direito à prestação dessa informação junto de terceiro (designadamente, junto do devedor principal) ou, tendo esse direito, o mesmo não seja satisfeito.

Restam, assim, os factos relevantes relativos à relação garantida, da esfera comum do devedor principal e do credor fidejussório, e os factos atinentes à esfera do próprio credor fidejussório. No entanto, os factos que se reconduzam a esta última categoria, para além de apenas poderem colocar o problema da cominação de deveres de informação quando sejam desconhecidos do próprio credor fidejussório, dificilmente terão alguma relevância para a avaliação pelo fiador da probabilidade de vir a ser chamado a responder pelas obrigações garantidas ou de, em momento posterior, não conseguir reaver as quantias prestadas junto do devedor principal<sup>203</sup>. A informação relativa à relação de base é, pelo contrário,

<sup>203</sup> Cfr. NICOLAS W. FONTAINE e *Dilignzpflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen*, cit., 142 ss., que, após uma pesquisa jurisprudencial que abrange praticamente um século de acórdãos dos tribunais superiores alemães, encontra apenas duas situações em que se colocou o problema da cominação de deveres acessórios ao credor fidejussório que tivessem como objeto factos relativos à sua esfera jurídica. E apenas num destes esse dever teria sido aceite pelo tribunal. A matéria de facto, apreciada pelo *Reichsgericht*, através da sentença de 14 de abril de 1930, seria a seguinte: havia sido prestada fiança para garantia de todas as obrigações, presentes e futuras, de um devedor principal perante um banco. O diretor da agência do banco responsável pela gestão da conta do devedor principal transferira, sem sua autorização, dinheiro da conta deste para a conta de um outro cliente do banco. O devedor principal não tinha conhecimento destas transações, designadamente porque não lhe eram enviados quaisquer extratos relativos à conta em questão. Entretanto, o cliente beneficiário das transferências foi declarado insolvente e as quantias transferidas não foram repostas pelo próprio diretor da agência, mantendo-se o saldo negativo na conta do devedor principal. O credor fidejussório exigiu, assim, ao fiador, a satisfação dessa dívida. Perante este circunstancialismo, o *Reichsgericht* entendeu que, ainda que a atuação do diretor fosse ilícita, esta teria produzido efeitos na esfera do devedor principal e, consequentemente, também na esfera do fiador. À questão sobre se o banco estaria vinculado a prestar informações ao fiador sobre a situação ocorrida de forma a evitar que para este resultassem danos, o Tribunal respondeu afirmativamente, justificando a sua decisão pela forma completamente estranha ao normal tráfego negocial, como as contas cujo saldo negativo era coberto pela fiança haviam sido debitadas. O caso decidendo suscita problemas de ordens diversas e que em muito transcendem a questão da cominação de deveres de informação ao credor fidejussório. Centrando a análise apenas nesta última, cabe apenas salientar que a razão pela qual o conhecimento de toda esta situação é

essencial para o fiador, desde logo porque as obrigações de garantia são moldadas em função das obrigações garantidas: factos como a constituição, o cumprimento, ou o incumprimento de obrigações garantidas, bem como a ocorrência de factos constitutivos de meios de defesa que, por si, possam ser invocados não são, por regra, conhecidos diretamente pelo fiador e são essenciais para que este avalie o perigo resultante da sua vinculação fidejussória e para que possa exercer posições ativas que lhe são concedidas. A delimitação das circunstâncias em que o credor fidejussório se encontra adstrito à prestação de informações ao fiador é, também aqui, delimitada pela subsidiariedade da cominação de deveres acessórios ao credor fidejussório face à comunicação desses factos pelo devedor principal. Ponto prévio à identificação das situações em que o credor fidejussório está vinculado a informar o fiador sobre factos deste tipo será, portanto, a averiguação sobre se o mesmo dever impende sobre o devedor principal. Esta vinculação do devedor principal não ocorrerá quando entre estes sujeitos não existir uma ligação especial (como sucede tipicamente nas fianças prestadas sem conhecimento ou contra a vontade do devedor) ou quando da ponderação subjacente à cominação de deveres de informação ao devedor principal resultar que as razões para a promoção da autodeterminação do fiador sejam menos ponderosas do que as razões para a não restrição da liberdade do devedor principal<sup>204</sup>. A esta situação deve ser equiparada aquela em que o devedor principal está adstrito à prestação de informação ao fiador, mas incumpe esse dever.

Esta esquematização das circunstâncias em que ao credor podem ser cominados deveres de informação em benefício do fiador assenta, como foi ressaltado, em delimitações pela negativa. Os critérios apresentados não são suficientes para fundamentar a vinculação do credor fidejussório à prestação de informações ao fiador. Por um lado, são critérios *negativos*: apontam condições para a *rejeição* dessa adstrição do credor fidejussório. Por outro, essas condições são meras condições suficientes desta exclusão e não suas condições necessárias, pelo que, não esgotando as situações em que a cominação de deveres de informação ao credor fidejussório improcede, não permitem identificar as situações em que esses deveres são cominados através de um simples raciocínio de exclusão de partes.

relevante para o fiador se prende com a (pelo menos invocada) incidência da atuação do diretor da agência na quantificação da obrigação por ele coberta. Não se trata, assim, de um conjunto de eventos exclusivamente atinentes à esfera do credor fidejussório, sem conexão com a relação principal. Como reconhece o próprio A., seria uma decorrência «[d]a própria natureza da fiança a escassez das circunstâncias referentes à esfera do credor que possam ser de interesse para o fiador» (*idem*, 142). O perigo que a prestação de fiança implica para o fiador não oscila, por regra, com eventos que desencadeiem efeitos na esfera do credor fidejussório e que não incidam sobre a relação principal.

<sup>204</sup> A resolução deste problema deve assentar também nos critérios indicados *supra*, § 3.1.

No campo das situações não excluídas, há que precisar o juízo de ponderação, atendendo à totalidade das características de cada caso problemático. Sem pôr em causa que a ponderação apenas pode apontar prevalências *contextuais*, e, portanto, assumindo o carácter meramente indicativo desta diretriz de solução, parece que, na generalidade das situações, quando, por um lado, a informação de que o fiador carece for necessária para o seu conhecimento da constituição ou extinção de obrigações garantidas, do valor destas, dos meios de defesa que pode invocar contra o credor e dos factos que lhe permitem desvincular-se da fiança e, por outro, o credor fidejussório tiver conhecimento desses factos ou puder facilmente obter esse conhecimento<sup>205</sup>, o credor fidejussório deve ser considerado vinculado a comunicar ao fiador esses factos.

Relembre-se que o modelo de solução aqui subjacente parte da ponderação entre liberdade e autodeterminação em moldes de proporcionalidade. Pretendeu-se delimitar aquelas situações em que o fiador tem direito à informação ainda que subjetivamente não confie na prestação de informações pelo credor fidejussório, ou que essa confiança não possa ser imputada a este último. Contudo, a rejeição de uma teoria monista quanto ao fundamento dos deveres de informação e a aceitação da aptidão do pensamento da confiança para a fundamentação de deveres acessórios de conduta implica que o modelo aqui exposto não seja o único apto a justificar a cominação de deveres de informação ao credor fidejussório. O princípio da tutela da confiança opera em complementaridade com o princípio da autodeterminação na cominação de deveres de informação: ainda que dos critérios acima indicados não resulte a obrigação de o credor fidejussório transmitir determinada informação ao fiador, este estará vinculado à prestação dessa informação sempre que o fiador tiver confiado na transmissão de determinada informação pelo credor fidejussório e essa confiança, sendo justificada, puder ser imputada ao credor fidejussório<sup>206</sup>.

Por outro lado, os critérios apresentados não acomodam algumas situações cujas especificidades implicam o afastamento de uma estrita lógica de ponderação

<sup>205</sup> O credor fidejussório, enquanto credor do devedor principal na relação de base, tem contra este a pretensão informativa resultante do artigo 573.º, nos termos do qual é atribuída tal pretensão informativa ao titular de um direito que tenha dúvida fundada acerca da sua existência ou do seu conteúdo e outrem esteja em condições de prestar as informações necessárias: o credor fidejussório terá, portanto, um canal informativo para obter toda a informação relativa ao conteúdo dessa relação junto da sua contraparte na relação de base. Assim, ainda que não tenha conhecimento dos factos em questão, e salva a situação de não colaboração do devedor principal no fornecimento dessas informações, a restrição da liberdade do credor fidejussório operada através da cominação de deveres de informação sobre os factos a que ele possa aceder através do exercício da sua pretensão informativa contra o devedor principal não será particularmente agressiva.

<sup>206</sup> Cfr. *supra*, §§ 2.2. e 2.4.

entre os princípios da autodeterminação e da liberdade geral de ação em moldes de proporcionalidade. A primeira é aquela em que o credor fidejussório induz em erro, ainda que não culposamente, o fiador, transmitindo-lhe factos que geram uma representação incorreta da realidade e uma conseqüente incorreta percepção do perigo fidejussório<sup>207</sup>. Esta circunstância não altera o peso da carência informativa do fiador – este carece de informação na mesma medida, independentemente de o seu desconhecimento de factos relevantes resultar de uma convicção espontânea, induzida por terceiro ou pelo credor fidejussório. Por outro lado, a restrição da liberdade operada pela cominação ao credor fidejussório do dever de informar o fiador, por ele induzido em erro, de determinado facto, é idêntica à restrição operada pela cominação de idêntico dever em circunstâncias em que a carência informativa não foi induzida pelo credor. Mas a causação desta carência, por uma *ingerência* do credor fidejussório na esfera alheia, justifica o afastamento de um juízo de proporcionalidade. Independentemente da possibilidade de o fiador aceder por outras vias à informação necessária para corrigir a incorreta percepção da realidade induzida pelo credor fidejussório, e independentemente da medida da restrição da liberdade do credor fidejussório daí resultante, o credor fidejussório que provocar, através de ato voluntário, uma incorreta percepção pelo fiador de factos relevantes para a sua posição enquanto garante, fica adstrito a corrigir essa incorreta percepção<sup>208</sup>.

A isto acresce que, para além dos princípios da autodeterminação e da liberdade geral, outras razões reclamam aplicação na decisão do caso concreto. Nesses casos, a ponderação subjacente à cominação de deveres de informação ao credor fidejussório será mais complexa, ou seja, será necessário considerar um maior número de razões a favor ou contra – consoante o sentido dessas razões – a cominação desse dever.

#### 4.6. *A prestação de fiança para garantia de créditos de instituições de crédito e a influência do sigilo bancário na cominação de deveres de informação*

Um dos fatores que implicam essa complexificação da decisão sobre a cominação de deveres de informação, em especial, ao credor fidejussório, é a sujeição

<sup>207</sup> Cfr. *supra*, § 2.4.

<sup>208</sup> Cfr. STEPHAN DREISMANN, *Bürgenschutz durch Gläubigerdiligenz?*, cit., 248. Quando a cedência da liberdade do credor fidejussório em benefício da autodeterminação do fiador se justifique pela ingerência do primeiro na formação da vontade do segundo, através da comunicação de informação falsas, o conteúdo do dever de informação será meramente *negativo*. Se o fundamento deste dever se prende com a anulação dos riscos causados através da interferência na esfera de outrem, o dever de informação compensador da ingerência apenas adstringirá o seu sujeito passivo a informar o beneficiário desse dever que as informações que anteriormente lhe transmitiu *não são verdadeiras*, não o vinculando a dar informação verdadeira sobre a mesma questão.

da informação cuja obrigatoriedade da transmissão se questiona a um regime de sigilo. O problema coloca-se a propósito dos deveres de informação do credor fidejussório tipicamente quando este último é uma instituição de crédito e a relação entre este e o devedor principal, enquanto cliente bancário, está sujeito a uma imposição de sigilo (artigo 78.º RGICSF) – de onde resulta uma razão para a não comunicação ao fiador (terceiro face à relação entre banco e cliente) de quaisquer factos relativos a essa relação<sup>209</sup>. Esta é, contudo, apenas mais uma razão que deve ser ponderada na cominação de informação: a sujeição das relações entre banco-credor e cliente-devedor a um regime de sigilo não é automaticamente impeditiva da cominação de deveres de informação às instituições de crédito ou sociedades financeiras em benefício dos sujeitos que afiancem créditos de que aquelas sejam titulares<sup>210</sup>. A delimitação das implicações do sigilo bancário na adstrição das instituições de crédito a comunicar aos sujeitos que prestam fiança passa, necessariamente, por dois momentos logicamente sucessivos entre si: a delimitação «interna» dos factos sujeitos a sigilo e a sua contraposição às razões justificativas para a cominação de deveres de informação, em especial, ao princípio da autodeterminação<sup>211</sup>.

As imposições de sigilo têm como finalidade a proteção da intimidade (ou, no caso das pessoas coletivas, o direito análogo à *privacy*) do cliente bancário. Não são, assim, cobertos quaisquer factos que não se reconduzam à esfera do cliente: os factos relativos ao credor fidejussório, mas não à relação de base – ainda que o seu conhecimento raramente seja relevante para o fiador –, não estão, portanto, sujeitas a sigilo. Ainda que o credor fidejussório seja uma entidade sujeita a imposições de segredo bancário, estas imposições não têm qualquer implicação na transmissão de informação ao fiador que não se refira ao cliente<sup>212</sup>. Dentro do conjunto dos

<sup>209</sup> Cfr. STEPHAN DREISMANN, *Bürgerschutz durch Gläubigerdiligenz?*, cit., 233 ss. Estruturalmente idênticos são ainda os problemas relativos à cominação de deveres de informação que incidam sobre factos cobertos por outras causas de sigilo, designadamente, o direito à reserva da intimidade da vida privada e à autodeterminação informacional, o dever de proteção dos segredos comerciais e empresariais (cfr. HERBERT ROTH, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 5. Auflage, C.H. Beck, 2007, § 241, n.º 148-150 e DIRK OLZEN, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., §241 n.º 445), aos quais se poderiam acrescentar, por exemplo, os factos cuja transmissão é proibida pelo regime do abuso de informação privilegiada (artigo 378.º CVM). Na impossibilidade de proceder a um tratamento analítico de cada um destes conjuntos de casos, opta-se por analisar apenas o problema da sujeição ao segredo bancário dos factos que se questionam ser objeto de um dever de informação, enquanto caso representativo das especificidades implicadas na cominação de deveres de informação sobre factos sujeitos a sigilo.

<sup>210</sup> Cfr. BENJAMIN CONTRAEL, *Das Bankgeheimnis bei der Abwicklung notleidender Kreditverhältnisse*, Nomos, Baden-Baden, 2008, 45 ss.

<sup>211</sup> Cfr. CLAUD-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht*, cit., 33 ss.

<sup>212</sup> Cfr. STEPHAN DREISMANN, *Bürgerschutz durch Gläubigerdiligenz?*, cit., 235.

factos relativos ao cliente, a delimitação dos factos que a instituição de crédito está efetivamente proibida de transmitir a terceiros faz-se de acordo com dois critérios. Uma primeira triagem resulta de só serem sujeitos a um regime de sigilo os factos de que a instituição de crédito tem conhecimento *em virtude da relação bancária existente entre si e o cliente* (artigo 78.º, n.º 1, parte final, RGICSF). Dentro deste universo de factos, a delimitação do âmbito de proteção do sigilo bancário é feita por referência à vontade do próprio cliente. O sigilo bancário abrange, assim, «todos os factos que o cliente queira manter reservados»<sup>213</sup>. A transmissão pela instituição de crédito a terceiro de informações relativas ao cliente é proibida salvo se o cliente declarar previamente autorizar essa transmissão (artigo 79.º, n.º 1, RGICSF)<sup>214</sup>.

A sujeição de um facto a uma imposição de segredo não determina, contudo, automaticamente a exclusão da adstrição do banco-credor à sua comunicação ao fiador. A proibição de transmissão da informação qualificada como sigilosa pode ceder perante razões de sinal contrário que sustentem uma permissão ou imposição da mesma<sup>215</sup>.

<sup>213</sup> Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht*, cit., 30 ss. Tratando-se da reserva de dados a si referentes, apenas ao próprio cliente compete a delimitação dos factos a sujeitar a um regime de sigilo. Esta delimitação não está sujeita a quaisquer parâmetros de racionalidade, ou outras valorizações objetivas, com exceção dos limites estabelecidos no artigo 340.º, n.º 2: apenas ao cliente compete decidir se pretende, ou não, a reserva dos factos a que o banco tem acesso por causa da ligação negocial consigo estabelecida.

<sup>214</sup> Na ausência de declaração do cliente que proceda à qualificação da transmissão da informação como permitida, quando for impossível à instituição de crédito perguntar em tempo útil ao cliente qual a sua vontade, em coerência com o artigo 340.º, n.º 3, o artigo 79.º, n.º 1, RGICSF, deve ser interpretado no sentido de admitir que a instituição de crédito transmita essa informação sempre que essa for a vontade presumida do cliente (assim, também, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht*, cit., 30 ss.). Esta presunção deve ter em conta as preferências subjetivas e idiosincrasias do cliente conhecidas da instituição de crédito, o que impossibilita que, em abstrato, se possam formular juízos sobre o sentido da vontade hipotética do cliente.

<sup>215</sup> A própria lei afasta o segredo numa pluralidade de informações, justificando-se todas elas pela prossecução de valores em cada caso colidentes com a tutela da privacidade do cliente: para além das hipóteses enunciadas no artigo 79.º, n.º 2, RGICSF, veja-se ainda os artigos 135.º, n.º 3, artigo 519.º, n.º 3, alínea *d*), CPC e 63.º-A a 63.º-C LGT. Esta possibilidade de cedência perante outros interesses juridicamente tutelados é praticamente pacífica entre a doutrina. Nesse sentido, cfr. HERBERT ROTH, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 5. Auflage, C.H. Beck, 2007, § 241, n.º 148, BENJAMIN CONTRAEL, *Das Bankgeheimnis bei der Abwicklung notleidender Kreditverhältnisse*, cit., 49 ss., CLAUS-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht*, cit., 37 ss., KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, cit., 15, JÜRGEN VORTMANN, *Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken*, 4. Auflage, RWS, Köln, 1997, 85, HOLGER SCHRÖDER, *Die Lücken des deutschen Rechts im Bürgerschutz*, cit., 139-140, DIETER REHBEIN, *Rechtsfragen zum Bankgeheimnis*, ZHR, 149, 1985, 145 ss., PETER LERCHE, *Bankgeheimnis – verfassungsrechtliche Rechtsgrundlagen*, ZHR, 149, 1985, 165 ss., FLORIAN BECKER, *Verhaltenspflichten und Haftung von Banken bei Kreditvergabe*, cit., 72 ss. ou HANS-PETER



No que concerne ao carácter sigiloso das informações que, não fosse o regime do sigilo bancário, deveriam ser comunicadas pelo credor fidejussório ao fiador, o dever de sigilo do banco deve ser ponderado com as razões justificativas da cominação do dever de informação em moldes que substancialmente são idênticos aos do conflito de deveres<sup>216</sup>.

Como salientam Larenz/Canaris, serão raras as situações em que estas últimas razões sejam suficientes para justificar uma cedência da tutela da intimidade (ou da *privacy*) do devedor principal<sup>217</sup>, através da imposição à instituição de crédito, enquanto credora fidejussória, do dever de informar o fiador de factos relacionados com o devedor principal, contra a vontade deste último. Assim, quando a relação entre credor fidejussório e devedor principal estiver sujeita a sigilo bancário – ou seja, quando credor fidejussório e devedor principal forem, respetivamente, instituição de crédito e cliente bancário –, e não houver consentimento da transmissão da informação pelo cliente, por regra, estará excluída a cominação à instituição de crédito de deveres de informação em benefício do credor que incidam sobre factos abrangidos pelo sigilo. Apenas situações excecionais em que o peso da carência informativa do fiador assuma um peso invulgar podem justificar este afastamento.

SCHWINTOWSKI/FRANK A. SCHÄFER, *Bankrecht/Commercial Banking – Investment Banking*, Heymanns, Köln–Berlin–Bonn–München, 2003, 75–77. Entre nós, por todos, e com extensas indicações jurisprudenciais, cfr. ainda ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito bancário*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, 327 ss.

<sup>216</sup> Em rigor a situação não chega a ser propriamente uma situação de conflito de deveres, dado que esta causa de exclusão da ilicitude pressupõe a cominação *in casu* de dois deveres de sinal contrário. Estando em causa deveres resultantes da boa fé, antes de se equacionar uma ponderação entre deveres colidentes, é necessária a ponderação dos valores fundamentais do sistema para aferir se, no caso concreto, a boa fé enquanto norma de conduta adstringe o potencial sujeito passivo do dever de informação a transmitir essa informação ao seu potencial beneficiário. Entre os dados normativos que relevam para esta ponderação encontra-se também a sujeição dos factos potencialmente transmitidos a um regime de sigilo. Assim, quando as razões para a não cominação do dever – designadamente, as razões para *proteger o sigilo* – forem determinantes, o dever de informação não será sequer cominado *prima facie*, não havendo, conseqüentemente, lugar a qualquer conflito de deveres. Inversamente, para que da ponderação subjacente à cominação de deveres de informação *ex bona fide* sobre factos sujeitos ao segredo bancário resulte a adstrição da instituição de crédito à comunicação desses factos ao fiador, é necessário que as razões para a adstrição da instituição de crédito à comunicação desses factos sejam suficientemente ponderosas para fazer ceder a imposição de sigilo. Desta forma, sendo o dever de informação *prima facie* cominado, este prevalecerá necessariamente sobre o dever de sigilo na subsequente ponderação que a resolução do conflito de deveres daí decorrente implica.

<sup>217</sup> Cfr. KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2, cit., 15.

4.7. ***A apreciação da culpa na violação de deveres de informação do credor fidejussório: a existência de sanções independentes da culpa do credor fidejussório e relevância das características do credor fidejussório na concretização da bitola do «bom pai de família»***

Foi já acima enfatizado que uma conceção verdadeiramente normativa quanto aos deveres acessórios de informação, e a sua integral perspetivação do «ponto de vista interno», implica que se abandone o tratamento dogmático destes deveres como meros fundamentos de responsabilidade civil<sup>218</sup>. Esse abandono passa por colocar a ênfase na questão relativa ao comportamento que os sujeitos adstritos a deveres acessórios devem adotar em virtude dessas vinculações e assumir a sua autonomia e precedência face à questão relativa à eventual aplicação de *normas de sanção* que tenham como pressuposto a violação daqueles deveres: as normas de conduta, e também as normas constitutivas de deveres acessórios, são diretrizes de comportamento dirigidas aos respetivos destinatários e não meros «fragmentos» de uma ameaça de sanção que a estes é feita pelo ordenamento. Para além de exprimir um afastamento da dogmática dos deveres acessórios de quadros jus-teoréticos obsoletos, o que já seria suficiente para justificar esta precisão, a autonomização dos problemas relativos à cominação de deveres de informação face à questão da responsabilidade civil pela sua violação tem o mérito de facilitar a identificação compreensiva dos remédios de que o fiador dispõe contra a violação do dever de informação pelo credor fidejussório. Evidentemente, face ao artigo 483.º, n.º 2, a imputação dos danos causados ao fiador pelo incumprimento de deveres de informação pelo credor fidejussório depende do caráter culposo desta violação. Todavia, a responsabilidade civil não é o único remédio disponível ao fiador que não recebe a informação devida. Para além da tutela indemnizatória, a violação de deveres acessórios pelo credor fidejussório perante o fiador pode configurar uma situação de justa causa e habilitar este último a resolver o contrato de fiança<sup>219</sup>, ou servir de base à qualificação do exercício do crédito fidejussório como abusivo, designadamente no caso de a subsistência da vinculação do fiador poder ser imputada ao incumprimento do dever de informação<sup>220</sup>. Estes mecanismos sancio-

<sup>218</sup> Cfr. *supra*, n. 31.

<sup>219</sup> Cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., 775 e 823 ss. e, em geral, sobre a resolução por justa causa subjetiva das relações jurídicas duradouras em geral, REINHARD GAIER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 5. Auflage, C.H. Beck, 2007, § 314, n.ºs 5 ss.

<sup>220</sup> Será este o caso quando os factos, cuja comunicação pelo credor fidejussório ao fiador fosse devida, correspondessem a factos constitutivos de poderes de extinguir a fiança. A situação não tem relevância quando, no momento em que o credor fidejussório exerce a sua pretensão contra o fiador, as circunstâncias que permitam ao fiador desvincular-se do contrato permaneçam. Aí, o fiador pode libertar-se da fiança invocando o próprio poder que lhe foi atribuído pelos factos cuja transmissão era imposta pelo dever incumprido. Mas pode suceder que as circunstâncias constitutivas de um poder

natórios, que pressupõem, todos eles, o carácter culposo da violação do dever de informação, não esgotam, ademais, o universo dos meios de tutela que o sujeito ativo do dever de informação – concretamente, o fiador – tem ao seu dispor. Não existe, designadamente, e ao contrário do que ainda é sustentado pela doutrina maioritária, razão válida para se negar a exigibilidade judicial dos deveres de informação<sup>221</sup> – mesmo quando estes assumam a forma de deveres de esclarecimento<sup>222</sup>.

de liberação que fossem objeto do dever de informação incumprido pelo credor fidejussório tenham já cessado: pense-se numa situação em que, no momento  $t_1$ , ocorrem factos que consubstanciam um «agravamento sensível dos riscos da fiança» [artigo 648.º, alínea b)], que, no momento  $t_2$ , esse agravamento dos riscos fidejussórios é revertido para o nível anterior a  $t_1$  e que, no momento  $t_3$ , o credor fidejussório interpela o fiador. Nesse momento, já não assiste ao credor o poder atribuído pelo artigo 648.º, alínea b). Mas, caso tivesse tido conhecimento do agravamento dos riscos em qualquer momento entre  $t_1$  e  $t_2$ , o fiador poder-se-ia ter libertado da fiança e, assim, no momento  $t_3$ , o credor não poderia exercer o seu crédito de garantia contra o fiador. O exercício da pretensão pelo credor fidejussório, neste caso, parece configurar um *tu quoque*, ainda que não na sua manifestação típica, pois não se trata do exercício de uma posição jurídica ilicitamente constituída, mas do exercício de uma posição jurídica lícitamente constituída, cuja persistência no tempo se deve, porém, a uma omissão ilícita.

<sup>221</sup> A tese maioritária, sustentada, entre outros, por autores como KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *cit.*, 12 ou JÜRGEN SCHMIDT, em *Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, II, 12. Auflage, de Gruyter, Berlin, 1983, vor. § 241, n.ºs 270 ss. e, entre nós, CARLOS MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, *cit.*, 349, JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações*, I, Almedina, Coimbra, 1990, 126 e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, *cit.*, 122, rejeita a possibilidade de o beneficiário de deveres acessórios de boa fé recorrer à ação de cumprimento, fundamentalmente com base na indeterminabilidade destes deveres. Esta tese tem vindo a ser abandonada (cfr. ROLF STÜRNER, *Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten*, JZ, 1976, 13, 384, JOACHIM GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, *cit.*, 24 ss. e, entre nós, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, *cit.*, 39-40, n. 67, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Inexigibilidade judicial do cumprimento de deveres acessórios de conduta?*, SI, 293, 2002 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II/I, *cit.*, 480), e com bons argumentos. Na verdade, o argumento da indeterminabilidade falha. A indeterminação dos enunciados normativos que prescrevem deveres acessórios de conduta, e em especial deveres de informação, ou mesmo dos princípios que influem no respetivo preenchimento, não equivale à indeterminação dos concretos deveres acessórios conminados pelo ordenamento: estes correspondem à projeção, na esfera jurídica de um sujeito, dos efeitos produzidos pela aplicação desses parâmetros gerais e abstratos a um caso concreto: o dever é, assim, necessariamente determinável (salientando este aspeto, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II/I, *cit.*, 480). Ainda que seja concebível, em casos pontuais, o afastamento do recurso à ação de cumprimento ou aos meios de realização coativa da prestação, o princípio da prioridade do cumprimento (sobre este, cfr. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, *cit.*, 489 ss.) serve de argumento *prima facie* para o reconhecimento destes meios de tutela ao beneficiário de deveres acessórios, atribuindo o ónus de argumentação a quem pretendesse excluir alguns destes deveres do âmbito de aplicação da ação de cumprimento, que, desta forma, teria de indicar que razões excecionais justificam essa exclusão. Refutado o argumento da indeterminabilidade, não se vislumbra qual possa ser o fundamento justificativo da subtração dos deveres acessórios de informação ao âmbito de aplicação da ação de cumprimento.

<sup>222</sup> Mesmo entre a doutrina que admite o recurso pelo beneficiário de deveres de informação à ação de cumprimento, é frequente a afirmação que os deveres de esclarecimento constituiriam uma exceção

Sendo tanto a existência do dever de informação, autonomamente considerada, como, já no plano dos mecanismos de tutela desse dever, o recurso à ação de cumprimento independentes de culpa do sujeito passivo do dever em causa, a depuração entre as circunstâncias relevantes para a ponderação subjacente à

a essa tutela (assim, HERBERT ROTH, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 5. Auflage, C.H. Beck, 2007, § 241, n.º 114, JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., 358, n. 65, e MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Inexigibilidade judicial do cumprimento de deveres acessórios de conduta?*, cit., 300). Assim, seria por estes deveres se caracterizarem pela necessária «espontaneidade» do seu cumprimento, no que se distinguiriam dos deveres de informação em sentido estrito: não se poderia exigir aquilo que, por definição, deve ser espontâneo. Mas esta tese assenta num equívoco linguístico. Quando se afirma que os deveres de esclarecimento se caracterizam por exigirem a prestação espontânea de informações ao respetivo beneficiário, pretende-se traçar uma oposição face aos deveres de informação em sentido estrito. Estes funcionam, num primeiro momento, de acordo com uma lógica potestativa. A posição do beneficiário de um «direito de informação» (em sentido estrito) é uma posição potestativa, que lhe permite, através de declaração unilateral dirigida ao correspetivo sujeito passivo (que, desta forma, está numa situação de sujeição) a constituição de uma obrigação mediante a qual este sujeito passivo fica adstrito a comunicar-lhe os factos pelos quais tenha perguntado naquela declaração. Em contraste com este funcionamento potestativo dos deveres de informação em sentido estrito, os deveres de esclarecimento, vinculam o respetivo sujeito passivo à comunicação de factos ao beneficiário da informação a partir do momento da verificação dos factos que a sua cominação pressupõe e independentemente de qualquer pergunta prévia dirigida pelo beneficiário (cfr. *supra* § 1.4.). A espontaneidade do cumprimento que caracteriza os deveres de esclarecimento não significa mais do que a desnecessidade da precedência de um pedido de informação pelo beneficiário da informação («espontâneo», aqui, significa apenas *sem necessidade de um pedido prévio pelo credor de informação* e não *necessariamente sem um pedido prévio de informação*). Isto significa apenas que, verificados os pressupostos do dever e não sendo a informação transmitida, o devedor de informação entrará em incumprimento. O Código Civil não regula as consequências do incumprimento dos deveres acessórios no que concerne à subsistência desses mesmos deveres. Mas não parece haver qualquer dissimilitude destes deveres face aos deveres primários de prestação que justifique a inaplicabilidade do artigo 808.º (pelo contrário, parece ser de aplicar aos deveres acessórios de conduta a generalidade das normas que regulam os deveres principais de prestação, cfr. DIETER MEDICUS, *Zur Anwendbarkeit des Allgemeinen Schuldrechts auf Schutzpflichten*, in *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag* (hrsg. HELDRICH/PRÖLSS/KOLLER), I, C.H. Beck, München, 2007, 835 ss.). O beneficiário de um dever de esclarecimento que não é de imediato cumprido continua a ter interesse na prestação desse dever enquanto a informação, objeto desse dever, for relevante para as suas decisões. Ilustre-se com o seguinte exemplo: assumase que o credor fidejussório está vinculado a comunicar ao fiador o seu incumprimento na relação de base, a qual tem caráter sinalagmático. Este facto releva para o fiador, dado que, em virtude da acessoriedade funcional da obrigação fidejussória, lhe permite invocar a exceção de não cumprimento contra o credor fidejussório. Não sendo o incumprimento comunicado de imediato há incumprimento. Mas o fiador tem interesse objetivo no conhecimento desse incumprimento enquanto puder, se necessário, invocar a exceção de não cumprimento contra o credor fidejussório. A perda de interesse na informação, e a conseqüente extinção do dever de esclarecimento, dar-se-á com o cumprimento da obrigação do credor fidejussório perante o devedor principal, ou com a cessação da cobertura pelo fiador da obrigação correspetiva do devedor principal perante o credor fidejussório.

cominação de deveres de informação ao credor fidejussório e aquelas que apenas relevam para a aferição da culpa na violação desse dever revela-se dogmaticamente imprescindível.

Como anteriormente exposto, as qualidades do sujeito passivo e do beneficiário dos deveres acessórios de informação, bem como das assimetrias informativas entre estes existentes, são elementos desprovidos de relevância no que concerne aos requisitos de constituição do dever. Em coerência com a rejeição de um entendimento «materializado» do princípio da autodeterminação, o facto de o fiador se inserir num grupo de sujeitos tipicamente «mais fracos» é, em absoluto, irrelevante para a ponderação subjacente à aferição da cominação de deveres de informação. Igualmente irrelevante é a profissionalidade, bem como os especiais conhecimentos técnicos do credor fidejussório quanto à cobertura de riscos de crédito através da prestação de garantias<sup>223</sup>. Assim, as qualidades do fiador e do credor fidejussório não relevam, enquanto tal, para a determinação dos parâmetros de licitude que regulam a transmissão de informação pelo credor fidejussório ao fiador: à pessoa pouco literada que presta fiança a um amigo ou familiar é dispensada a mesma proteção que ao banco que presta fianças no exercício da sua atividade profissional, e o banco que vê os seus créditos garantidos por uma fiança é onerado com a mesma intensidade com deveres de informação em benefício do respetivo fiador quanto o é o arrendatário que, de forma não profissional, arrenda um imóvel para cuja garantia das rendas é prestada fiança<sup>224</sup>. Igualmente irrelevante para a cominação de deveres de informação é o conhecimento da situação de carência informativa pelo credor fidejussório<sup>225</sup>, bem como dos restantes elementos de facto dos quais depende o resultado da ponderação subjacente à cominação desses deveres. Estes elementos podem, porém, relevar

<sup>223</sup> A afirmação feita em texto poderia ser mitigada se atendermos a que, tendencialmente, o acesso a informação desconhecida, a cuja transmissão ao fiador o credor fidejussório seja adstrito, será mais fácil para os credores fidejussórios que atuam profissionalmente, designadamente, aos bancos [cfr. o artigo 4.º, n.º 1, alínea b), RGICSF]. Esta acrescida facilidade prende-se com os meios humanos de que dispõem para obterem essas informações, no tratamento e organização centralizados da informação recebida, da tendencial proximidade das suas relações com o devedor principal, da eventual estipulação de direitos de informação nas relações com este, *etc.* Mas então serão esses factos – e não a própria qualidade de profissional – que justificam um menor peso relativo do elemento relativo à disponibilidade da informação.

<sup>224</sup> Cfr. *supra*, § 3.1.1.

<sup>225</sup> Contra, concretizando a doutrina maioritária de acordo com a qual o conhecimento da carência informativa é pressuposto da cominação de deveres de informação no campo dos deveres de informação do credor fidejussório, WOLFGANG BURGHARDT, *Aufklärungspflichten des Bürgschaftsgläubigers*, *cit.*, 58 ss., ANKE HOLZNAGEL, *Bürgenschutz mit System/Eine juristische Untersuchung der Schutzinstrumente im Bürgschaftsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2002, 139 e JÜRGEN VORTMANN, *Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken*, *cit.*, 82.

na aferição da culpa do credor fidejussório na violação dos deveres de informação – o que corresponde a um plano logicamente posterior ao da violação do dever e, portanto, à sua constituição. Não se trata pois, neste momento, da atribuição de relevância a estes fatores na ponderação subjacente à cominação de parâmetros específicos de licitude da conduta do sujeito potencialmente adstrito a informar outrem, mas da concretização da bitola em função da qual se aferirá a censurabilidade das violações daqueles deveres. Precise-se, todavia, que, mesmo nesta sede, não são todas as características e qualidades do concreto sujeito que viola os deveres de informação aquelas que adquirem relevância na aferição da culpa. O juízo de culpa civil não é, ao contrário do que sucede na responsabilidade penal, um juízo estritamente pessoal. Ao invés, trata-se de um juízo objetivizado ou tipificado: a bitola de diligência não é dada pelas capacidades e conhecimentos do agente, mas antes pelo parâmetro objetivo personificado pelo «bom pai de família» (artigo 487.º, n.º 2, aplicável à responsabilidade obrigacional por remissão do artigo 799.º, n.º 2)<sup>226</sup>. Na aferição da negligência civil não se pergunta, pois, se o agente, com os seus conhecimentos e capacidades pessoais, podia ter evitado o comportamento ou o resultado qualificados como ilícitos, mas antes se o grau de diligência por si aplicado é, independente daquelas qualidades pessoais, inferior àquela que «em face das circunstâncias do caso» seria adotada por um «bom pai de família».

O parâmetro do *bonus pater familias* não é, contudo, operativo em abstrato. A formulação de concretos juízos de negligência reclama o prévio preenchimento daquela figura. Não estando em causa um juízo estritamente assente nas particularidades do agente, resulta também fora de dúvidas que as exigências de diligência estabelecidas pelo artigo 487.º, n.º 2, não são *fixas* ou *constantes*. Como resulta da parte final desse preceito, a concretização da bitola relevante para a aferição da culpa do agente é variável em função das «circunstâncias do caso» – o que, semanticamente, pouco avança quanto à seleção as circunstâncias a considerar. Certo é que a construção da bitola de diligência adequada ao caso passa pelo recorte de «círculos de diligência devida», e que esse recorte implica um processo de abstração parcial a partir da concreta situação em que um dever é violado pelo agente, selecionando como relevantes algumas características do agente e da situação na qual o comportamento ilícito é adotado, e desconsiderando as demais, para depois estabelecer como parâmetro o comportamento de um sujeito normal dentro

<sup>226</sup> Sobre a objetivização do juízo de culpa civil e sua contraposição ao juízo de culpa penal, cfr. KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *cit.*, 282-288, DIETER MEDICUS/STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I*, *cit.*, 173-174 e, na doutrina portuguesa, desenvolvidamente, MARIA VICTÓRIA DA ROCHA, *A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações*, in RDE, 15, 1989, 31-100.

daqueles sujeitos que reúnem essas características<sup>227</sup>. O critério para proceder a essa seleção não pode evidentemente ser arbitrariamente estabelecido. A justificação destes critérios, postulada pela exigência de racionalidade das decisões jurídicas, deve ser congruente com a teleologia da objetivização da bitola de culpa e com os vetores de fundo do sistema de responsabilidade civil<sup>228</sup>. A ideia de proteção do tráfego como razão justificativa usualmente apontada para esta objetivização mostra-se inapta a destringer por si só quais as concretas exigências de cuidado que o tráfego coloca e, assim, a conformar o parâmetro do «bom pai de família» em cada caso problemático<sup>229</sup>, enquanto a invocação do princípio da tutela da

<sup>227</sup> Sobre a delimitação de grupos relevantes para a concretização dos padrões de diligência, ERWIN DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und Erforderliche Sorgfalt/Eine privatrechtliche Untersuchung*, Heymanns, Köln-Berlin, Bönn, München, 1963, 129 ss., que distingue entre a inclusão do agente num grupo em função das suas características (juventude, idade avançada, género, função, profissão ou sector de atividade), e a sua sujeição a parâmetros tipificados de culpa em função da prática de um ato pelo agente que torna o agente, temporaria ou duradouramente, parte de um grupo, bem como DIETER MEDICUS/STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht I, cit.*, 173-174, que constroem a medida de diligência exigida em função do círculo do tráfego jurídico no qual o agente se movimenta e de um conjunto limitado de características pessoais (juventude, idade avançada ou deficiência).

<sup>228</sup> A indicação meramente enunciativa de características relevantes do agente, muitas vezes baseada em critérios meramente fáticos ou sociológicos, como é prática na comentarística (cfr., de forma ilustrativa, a listagem de STEFAN GRUNDMANN, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 5. Auflage, C.H. Beck, 2007, § 276, n.º 110 ss.), não cumpre, pois, satisfatoriamente o ónus de justificação exigido.

<sup>229</sup> No sentido referido em texto da justificação da objetivização dos juízos de culpa na ideia de tutela do tráfego, cfr. ERWIN DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und Erforderliche Sorgfalt, cit.*, 130, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *cit.*, 279 ou WOLFGANG FIKENTSCHER/ANDREAS HEINEMANN, *Schuldrecht, cit.*, 323, bem como STEFAN GRUNDMANN em comentário ao § 276 no *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, cit.*, n.º 54, que invoca «aspetos relativos à tutela da confiança e do tráfego» como justificação do juízo objetivo de diligência estabelecido pelo § 276 BGB – o que tem o mérito de indicar que a ideia da proteção do tráfego não pode ser desligada da ideia de tutela da confiança, da qual recebe o seu sentido. Dir-se-á que os vários critérios jurídicos que podem ser reconduzidos a *topos* da «proteção do tráfego» exprimem formas de tutela abstratas e despersonalizadas da confiança de uma pluralidade de intervenientes indeterminados no tráfego. Nesta conceção a proteção do tráfego não é valor autónomo do ordenamento jurídico e as normas jurídicas que integram pressupostos cuja função reside na «proteção do tráfego» se comportam como *normas de perigo abstracto* que retiram o seu fundamento da prevenção de concretas situações de frustração de confiança. Neste sentido, identificado a tutela da confiança como «derradeiro escopo» da tutela do tráfego, e alertando, em absoluta coerência, para o facto de «onde não houvesse representações dos sujeitos e, assim, expectativas a acautelar, não se veria que função poderia desempenhar a preocupação com o tráfico jurídico, cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil, cit.*, 47-48 e n. 39. A falta de autonomia do *topos* da proteção do tráfego é também defendida por THOMAS LOBINGER, *Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung*, Mohr, Tübingen, 1999, 61-64, ainda que a preocupação aí seja a da identificação do «fundamento de validade» do negócio obrigacional e, no contexto de uma proposta radicalmente voluntarista a esse propósito, a tutela do tráfego seja caracterizada como valor dependente da proteção da vontade dos sujeitos.

confiança como razão justificativa dessa objetivização se mostra ficciosa na densificação da bitola de culpa na violação de deveres genéricos, onde a regulação jurídica assenta no paradigma da interação anónima entre os sujeitos, sem contato prévio à comissão do ilícito que lhes permitisse constituir expectativas quanto à diligência de outrem<sup>230</sup>. Estes obstáculos, nos quais o princípio da tutela da confiança esbarra, enquanto fundamento da objetivização da bitola de diligência na responsabilidade delitual não se colocam, importa reconhecer, relativamente à violação de obrigações, pelo menos àquelas que tenham a sua fonte num negócio jurídico, nem aos análogos deveres específicos. Na constituição destes vínculos, as partes transcendem as fronteiras do contato indiferenciado existente entre todos os membros de uma comunidade e entram voluntariamente em esquemas institucionalizados de relacionamentos específicos, sendo a decisão de constituir estes últimos determinada pelas características que cada parte vê na outra. Nessa medida, poder-se-á dizer que, no momento da constituição da relação, cada parte confia em determinadas características da contraparte, pelo que, nesse contexto a ideia de tutela da confiança mostra-se já apta a justificar a seleção das características a atribuir no caso ao «bom pai de família»<sup>231</sup>. Em coerência com esta

<sup>230</sup> A invocação da tutela da confiança como razão justificativa da tipificação dos juízos de culpa encontra-se, por exemplo, em CHRISTIAN VON BAR, *Verkehrspflichten/Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1980, 138 e JOSEF ESSER/EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht/Band I – Allgemeiner Teil/Teilband 2*, 8. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2000, 84. O ceticismo expresso em texto quando à aptidão do princípio da tutela da confiança para justificar bitolas de diligência tipificadas no direito delitual é partilhado por HELMUT KOZIOL, *Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadenersatzrecht?*, in AcP, 196, 1996, 604–605, que funda essas reservas em duas ordens de razões: a participação pelos sujeitos no tráfego geral não depende de qualquer confiança em não sofrer danos e a incoerência entre a invocação do princípio da tutela da confiança como princípio densificador dos juízos de culpa e as regras sobre inimputabilidade, as quais não têm como pressuposto da sua aplicação o conhecimento por outros sujeitos dos factos operativos da inimputabilidade.

<sup>231</sup> Em sentido próximo, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *cit.*, 286, aponta como razão justificativa da aferição da culpa do agente segundo padrões objetivizados, na *responsabilidade contratual*, o facto de as partes confiarem, ou deverem poder confiar, que a sua contraparte tem as capacidades típicas do grupo em que se insere. Contudo, ao identificar como relevantes não só as capacidades nas quais o lesado confiou, mas aditando ainda como critério as capacidades do lesante nas quais o lesado devia poder confiar, o A. procede a uma normativização da ideia de confiança (sobre esta e respetiva crítica, *cfr. supra* § 2.2.), sendo a sua proposta de modelo vazia quanto ao problema, implicado nessa critério, de destriçar ente as capacidades nas quais o lesante *deve poder confiar* e aquelas nas quais essa possibilidade de confiar não é assegurada pela ordem jurídica.

O que é dito em texto não significa a proposta de um critério concreto de apreciação da culpa. Esta é claramente insustentável no modelo do Código Civil, por ser inconciliável com a remissão que o artigo 799.º, n.º 2, opera para o artigo 487.º, n.º 2. Não se defende, assim, como faz, por ex., FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O nexa de causalidade na responsabilidade civil*, Suplemento ao



razão justificativa da objetivização da bitola de culpa civil, o *bonus pater familias* consistirá num homem com um comportamento normal dentro do círculo de todos os homens que reúnam todas aquelas características do lesante que são percebidas pelo lesado no momento da constituição do dever e cuja percepção pelo lesado seja imputável ao agente<sup>232</sup>.

Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume IX, Coimbra, 1951, 152, que indica ser esta a posição maioritária perante o Código de Seabra, que «a culpa deve ser apreciada em concreto ou em abstrato consoante se tratar de responsabilidade contratual ou delitual». Assim seria, segundo o A., pois, na responsabilidade delitual o ordenamento partiria do modelo do «homem-cidadão», enquanto na responsabilidade contratual, onde é pressuposto que as partes se tenham «escolhido uma à outra», o modelo seria o do «homem-contratante» (*idem*, 153-155). Ainda que a ideia aponte num sentido que se julga promissor, a culpa civil é, independentemente do carácter do dever violado, sempre aferida em função da bitola abstrata do «bom pai de família». Porém, a concretização deste padrão, cuja indeterminação semântica é gritante, não pode deixar de ser permeada pelas diferentes valorações que enformam os sistemas de responsabilidade delitual e obrigacional. Em concreto, o princípio da tutela da confiança, sendo inapto a concretizar a bitola de diligência na violação de deveres genéricos, mostra-se já capaz de justificar a seleção dos elementos a partir dos quais vai ser construído o padrão do «bom pai de família» em função do qual se afere a censurabilidade de um ilícito correspondente à violação de um dever específico. Por esta razão, merece absoluta concordância a tese de MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., 308-309, ao salientar que «a uníferomidade do padrão aferidor da culpa no terreno aquiliano e obrigacional – o critério legal do bom pai de família (arts. 487.º, n.º 2, e 799.º, n.º 2) – esconde a diversidade de sentido que a censurabilidade da conduta assume num e noutra domínio e, deste modo, os distintos elementos operativos a que há de lançar mão em cada caso para o seu estabelecimento» e, concretizando, afirma que, «no âmbito delitual está envolvido um juízo tendencialmente generalizável, harmónico com a natureza geral das normas de conduta delituais e o seu objetivo de defesa de uma ordem básica, indiferenciada de conviência», ao passo que «no campo dos contratos e, globalmente, no das interações humanas, essa censurabilidade, por isso que deve obedecer àquilo que é postulado pelas suas relações, consente ponderações específicas, reclamadas pelo tipo de ligação particular ocorrida».

<sup>232</sup> Por esta razão, a bitola de diligência na responsabilidade por violação de obrigações negociais, e bem assim na responsabilidade por outros deveres específicos que àquelas devam ser equiparados, pode ser mais ou menos exigente do que seria se a bitola fosse recortada de forma mais afastada das características do concreto agente, como sucederia se a medida de diligência fosse modelada exclusivamente em função de um conjunto de critérios fixo e predefinido (e, como *supra* defendido na n. 229 e respetivo texto, desprovidos de justificação) de características relevantes, como a profissão, o sector de atividade ou a faixa etária. Com isto, repise-se, não se procede ao abandono, sem apoio nas fontes, da bitola do «bom pai de família». Pelo contrário, procede-se precisamente à concretização deste conceito à qual a sua operatividade obriga. Em causa está apenas a seleção (e respetiva justificação) dos elementos ou características do concreto agente que servem de base à operação de abstração na qual assenta a construção do bom pai de família, e a qual – como é pacífico – se situará sempre no amplo terreno que intermedeia os pólos da seleção como relevantes da totalidade das características do agente e da situação (a qual levaria a que o círculo relevante fosse de tal forma exíguo que o juízo de culpa fosse, afinal, um juízo *concreto*), e a adoção de um critério geral de culpa aplicável a todos os sujeitos em todas as situações (o qual desconsideraria a necessidade, legalmente imposta, de atender

É neste juízo de culpa que as características do credor fidejussório que incumprir um dever de informação em benefício do fiador podem influir – ainda que, em rigor, os fatores determinantes da conformação da bitola a aplicar não sejam, como acaba de ser visto, as características do credor fidejussório, mas antes as características que o credor fidejussório aparenta reunir aos olhos do fiador. Porém, por norma, pelo menos no que concerne ao tipo de fatores que se revelam capazes de provocar modelações da bitola de culpa com maior amplitude, verificar-se-á uma natural coincidência entre as características do credor fidejussório e as características que o credor fidejussório aparenta ter. É, designadamente, o que sucede com a pertença do agente a uma área profissional ou a um setor de atividade. Fora de casos invulgares (designadamente, o caso em que, por embuste, o fiador se faça passar perante o credor fidejussório como exercendo uma atividade profissional que não é a sua), sempre que o credor fidejussório vê garantido pelo fiador um crédito que é constituído no âmbito da sua atividade profissional, a inserção do credor fidejussório no universo de sujeitos que exerce essa atividade será perceptível ao fiador: basta pensar no caso em que é prestada fiança para garantia dos créditos correspondentes a um mútuo bancário ou a uma abertura de crédito, onde é difícil conceber que o fiador não perceçione que o credor fidejussório se insere no «grupo profissional» das instituições de crédito, ou na prestação de fiança para garantia do pagamento do preço num contrato de fornecimento, onde o facto de o credor fidejussório, fornecedor na relação de base, ser um comerciante é de fácil percepção para o fiador. Conceba-se, ainda, a situação em que, para garantia de uma relação de base de arrendamento, o fiador garante créditos de um arrendatário não profissional; também aí é inteiramente plausível que essa qualidade do credor seja conhecida do fiador. Nesses casos, o parâmetro do «bom pai de família» concretizar-se-á em bitolas de diligência, respetivamente, correspondentes à diligência de uma instituição de crédito média, à diligência de um fornecedor médio (no caso de o setor de

às circunstâncias do caso). Em sentido próximo, cfr. FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O nexa de causalidade na responsabilidade civil*, cit., 155-156 e MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., 309 n. 286.

De resto, importa notar-se, que a conexão entre a construção da bitola de diligência na responsabilidade contratual e a tutela da confiança do credor da obrigação incumprida parece encontrar-se já em FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O nexa de causalidade na responsabilidade civil*, cit., 155-156, pese embora em momento algum a ela seja feito apelo expresso, quando o A. se afasta de uma pura tese de apreciação da culpa em concreto na responsabilidade obrigacional, ressaltando que essa tese só vale quando «os contraentes tenham querido aceitar-se como tais no contrato»; tal não sucederia sempre que um contraente «revele a aparência objetiva de um certo tipo profissional e o outro contrata com ele supondo naturalmente que enele existem aquelas qualidades de saber e de experiência que é razoável supor que tenham as pessoas que exercem aquele mister». Nesses caso, a culpa do agente seria apreciada de acordo com critérios de normalidade referentes aos sujeitos que reúnam as características cuja aparência o agente gera.

atividade onde este opera ser conhecido do fiador, de um fornecedor médio dentro desse mesmo setor) ou à diligência de um arrendatário não profissional médio.

Importa notar que o problema da suficiência da diligência do credor fidejussório no cumprimento dos deveres de informação que lhe sejam cominados em benefício do fiador não se coloca tipicamente na execução da conduta comunicativa mediante a informação relevante que é dada a conhecer ao fiador. A simplicidade dessa ação faz com que, desde que o sujeito passivo conheça e queira cumprir o dever em causa, o nível de esforço necessário ao cumprimento não reclame, na normalidade das situações, senão um diminuto nível de esforço<sup>233</sup>. O problema coloca-se, contudo, e de forma particularmente aguda, quando o credor fidejussório desconhece factos que influem na ponderação subjacente à cominação de deveres de informação no sentido da sua adstrição a informar o fiador (erro-ignorância)<sup>234</sup>, ou supõe a existência de factos que, a existirem, impediriam essa mesma adstrição (erro-suposição)<sup>235</sup>. Relembre-se que os elementos a considerar na ponderação subjacente à decisão sobre a cominação de deveres de informação – e, em concreto, à cominação de deveres de informação ao credor fidejussório em benefício do fiador –, bem como o peso que esses assumem nessa operação, dependem de uma pluralidade de factos, inclusive de factos psicológicos relativos ao potencial beneficiário do dever, cujo conhecimento se pode revelar difícil ou impossível para o sujeito adstrito à informação e que o conhecimento desses factos intervenientes na ponderação não é, em si mesmo considerado, um pressuposto da cominação do dever<sup>236</sup>. Em ambos os referidos casos, a sua decisão de omitir a prestação de informação ao fiador (ou, de forma mais compreensiva, a ausência de uma decisão de prestar essa informação) assentará numa representação da realidade na qual, se fosse verdadeira, não estaria adstrito à prestação dessa informação. Na medida em que se possa afirmar que a omissão se deveu a este

<sup>233</sup> Diferente será a configuração dos casos em que ao credor fidejussório é cominado o dever de informar o fiador de determinado não obstante esse facto não ser conhecido do próprio credor fidejussório. Aí, ainda que a obtenção da informação não seja ela própria devida, a prestação da informação ao fiador pressupõe a sua prévia obtenção (cfr. *supra*, n. 122 e texto correspondente). Implicando aí o cumprimento do dever a prévia pesquisa da informação, a diligência a apreciar será também a posta nesta obtenção.

<sup>234</sup> *V.g.*, o desconhecimento de que o fiador desconhece o facto potencialmente objeto do dever de informação ou o desconhecimento do incumprimento pelo devedor principal de um dever de informação, sobre o mesmo facto, perante o fiador.

<sup>235</sup> *V.g.*, a suposição de que o fiador conhece o facto objeto do potencial dever de informação, a suposição de que o fiador tem acesso à informação relevante por outras vias que não a comunicação pelo próprio credor fidejussório, a suposição de que o devedor principal autorizou a transmissão de factos *prima facie* sujeitos a um regime de sigilo ou a suposição de factos com base nos quais se infere a vontade hipotética do devedor principal nesse sentido (mas já não a vontade hipotética em si, dado que esta é um juízo normativo e não uma presunção quanto a um facto psicológico).

<sup>236</sup> Cfr. *supra* §§ 2.3. e 3.1.1.

erro, exclui-se o dolo do credor fidejussório. Neste caso, não se pode dizer que a conduta do agente se dirija a um ilícito, ou sequer que o agente, ao omitir a prestação de informação, se conforme com o eventual carácter ilícito da sua conduta: o erro sobre estes factos exclui, assim, o dolo<sup>237</sup>. Não resulta, porém, necessariamente afastada a culpa do agente a título de negligência. O erro sobre pressupostos de facto apenas tem eficácia desculpabilizante quando a errada percepção da realidade pelo agente não se ficar a dever à adoção de uma diligência na identificação dos factos constitutivos do dever inferior à estabelecida pelo parâmetro do «bom pai de família»<sup>238</sup>. A questão será, então, a de saber se, o credor fidejussório teria mantido a sua ignorância ou errada suposição quanto a factos relevantes se tivesse usado da mesma diligência que aquela que um sujeito médio dentro do universo dos sujei-

<sup>237</sup> Cfr., entre nós, FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1995 (reimp. da edição de 1968), 342-343, JOÃO ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., 572 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II/III, Almedina, Coimbra, 2010, 471. No domínio do direito penal, esta solução tem consagração legislativa expressa no artigo 16.º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal.

<sup>238</sup> Cfr. FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, cit., 345-346 e LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, cit., 326. O ordenamento prevê no artigo 338.º um caso de exclusão da culpa por erro sobre pressupostos fáticos. Apesar de não se tratar evidentemente de uma cláusula geral de exclusão da culpa em caso de erro desculpável sobre os pressupostos fáticos dos quais depende a ilicitude da conduta do agente, pois o preceito apenas se refere ao erro sobre os pressupostos da ação direta e da legítima defesa, e de aí se prever uma situação de suposição de factos que justificariam uma conduta ilícita e não a ignorância de factos constitutivos de um dever, a *ratio* desta causa de exclusão da culpa sustenta a sua generalização a todas as situações de erro sobre os pressupostos constitutivos de um dever ou dos pressupostos dos quais depende a aplicabilidade de uma causa de justificação da ilicitude.

O problema colocado pela incorreta representação da realidade pelo credor fidejussório não se equipara ao problema, bem mais discutido, de saber se o desconhecimento *da ilicitude da omissão* releva para a exclusão do dolo ou da culpa. O problema da relevância do erro sobre a ilicitude (ou, talvez mais corretamente, *erro de direito*, pois a questão põe-se tanto quanto àquelas situações que são abrangidas, no domínio penal, pelo artigo 17.º, do Código Penal, quanto àquelas tratadas pelo artigo 16.º, n.º 1, do Código Penal, na parte em que se refere ao desconhecimento de «elementos de direito») é amplamente discutido, oscilando as posições entre a relevância desse erro para efeitos de exclusão do dolo (teoria do dolo) e a sua relevância para efeitos de exclusão da culpa (teoria da culpa). No que concerne ao incumprimento pelo credor fidejussório de deveres de informar o fiador, a questão coloca-se, em especial, quando este, conhecendo todos os factos relevantes da situação que suscita o problema do dever de informar, faz, no momento da deliberação do seu comportamento, uma incorreta ponderação das várias razões juridicamente relevantes aplicáveis ao caso (cfr., a propósito da incorreta ponderação pela instituição de crédito entre o dever de informar um cliente e o segredo bancário sobre factos relativos a outro cliente, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht*, cit., 37). A questão merece um desenvolvimento que aqui não pode ser despendido. Parece, contudo, que o artigo 6.º afasta a relevância dos erros de direito (cfr. FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, cit., 344-345 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II/III, cit., 477 ss.).

tos que reúnem as características do credor fidejussório perccionadas pelo fiador teria utilizado. Neste ponto podem também entrar em relevo as propriedades do fiador, já não enquanto elementos modeladores do parâmetro (normativo) de diligência exigida, mas enquanto premissas fáticas do raciocínio sobre o grau de diligência que seria necessário para obter uma correta representação da realidade, designadamente quando o elemento fático sobre o qual incide o erro do credor fidejussório seja referente à pessoa do fiador. As características do fiador conhecidas pelo credor fidejussório podem servir de base a raciocínios inferenciais que, através de regras de experiência, apontem no sentido da verificação ou não verificação de outros factos aos quais seja atribuída relevância na ponderação subjacente à cominação do dever de informação. Ilustrando a propósito da carência informativa do fiador: sendo conhecido do credor fidejussório que o fiador tem uma relação próxima com o devedor principal (pense-se, por exemplo, nas fianças prestadas para garantia das obrigações do cônjuge do fiador ou nas fianças prestadas por pais para a garantia das obrigações dos filhos), as regras de experiência apontam no sentido de que o fiador conhecerá as circunstâncias relativas ao devedor principal, pelo que, à partida, o desconhecimento de uma situação de carência informativa relativa a este elemento será desculpável. Em suma, a recondução do beneficiário de informação a uma classe de sujeitos tipicamente carecida de informação, sendo irrelevante para efeitos da aferição da cominação do dever, pode relevar no momento da culpa: da típica carência informativa de uma classe de pessoas, nas quais o beneficiário do dever de informação se insere, quanto a determinado tipo de factos, decorre *ceteris paribus* que o sujeito passivo do dever devia conhecer essa carência mesmo aplicando um grau de diligência inferior ao que seria necessário aplicar para conhecer essa carência informativa num sujeito que não se reconduzisse a tal classe – valendo a afirmação inversa em todas aquelas situações em que o beneficiário do dever de informação se reconduz a uma classe de pessoas usualmente bem informadas<sup>239</sup>.

<sup>239</sup> Neste sentido, e tratando corretamente a questão como um problema de culpa, e não de ilicitude, cfr. STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, cit., 33 e 65). Também o caráter duradouro da relação entre devedor e credor de informação, em si irrelevante para a cominação dos deveres, permite indiciar o caráter culposo do desconhecimento da carência informativa: a duração da relação entre as partes aumenta as possibilidades de conhecimento das características da contraparte, conhecimento esse que vai relevar no momento da aferição da desculpabilidade do erro sobre a carência informativa. Fazendo referência a este critério a propósito da relação entre banco e cliente, ainda que a propósito dos critérios de cominação do dever, KLAUS J. HOPT, *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken*, cit., 421. No sentido correto, salientando que a interação continuada entre as partes apenas releva para a cognoscibilidade da carência informativa, e, logo, aquando da aferição da culpa, cfr., de novo, STEPHAN BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, cit., 54.