

SOBRE LAS PRIVATIZACIONES*

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz**

Universidad de A Coruña

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. MARCO CONSTITUCIONAL.- II. CAMBIOS EN EL MODELO DEL BIENESTAR.- III. PRIVATIZACIONES.

I. INTRODUCCIÓN. MARCO CONSTITUCIONAL

El fenómeno de la gestión directa estatal de actividades económicas no es, ni mucho menos, algo novedoso a pesar de la rápida proliferación de empresas públicas en los últimos decenios. La historia, como siempre, testimonia a las claras las distintas opciones sobre el uso de las instituciones. En la etapa del absolutismo, por ejemplo, y por ser telegráfico, encontramos una experiencia análoga. Baste recordar en este momento la política mercantilista de un CROMWELL en Inglaterra o de un COLBERT en Francia.

Sin embargo, simplificando las cosas, se puede decir que la llegada del Estado liberal, como es bien sabido, supuso un cambio radical en la filosofía de la actividad estatal. Ahora, el protagonismo en la vida económica recaerá sobre la burguesía exigiéndose al propio Estado que permitiese el juego, en muchos casos irracional y sin frenos o limitaciones, de la libertad económica.

Así las cosas, el advenimiento del Estado Social, ciertamente como consecuencia de la situación en que quedó sumida Europa tras la Segunda Guerra Mundial, trae consigo, de nuevo, un nuevo impulso intervencionista de los Poderes Públicos en la vida económica. La empresa Pública, así, se sitúa

* Texto de la conferencia impartida por su autor el 17 de junio de 1997 en la Casa de Galicia de Madrid.

** Catedrático de Derecho Administrativo. Subsecretario de Administraciones Públicas

como elemento de primer orden para la llamada tarea de configuración social, tal y como recordó hace tiempo Ernst FHORSTHOFF.

En este tema, como en todos los estudios sobre las instituciones y categorías administrativas, deben explicarse desde el marco constitucional. No sólo para revalidar esa célebre, y válida, sentencia de que el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concreto, sino porque, quienes estamos convencidos de la metodología de esta aproximación, sabemos que es una operación científica que da resultados.

En este contexto, el Derecho Administrativo Constitucional parte de varios datos que son claros y que permiten explicar el entero entramado de la realidad administrativa.

El artículo 10.1 CE señala bien solemnemente cuales son los fundamentos del orden político y la paz social: el libre desarrollo de la persona y los derechos de los demás. De ahí que GARCÍA DE ENTERRÍA haya señalado que hoy en día los intereses generales están vinculados a los derechos fundamentales. Por ello, las instituciones administrativas deben orientarse a satisfacer el libre desarrollo de la persona. En este sentido cobra especial acierto la definición de mi buen amigo y colega GONZÁLEZ NAVARRO sobre el Derecho Administrativo: Derecho del Poder para la libertad.

Y como es lógico, la empresa pública no puede ser ajena, a esta aproximación.

El artículo 38 CE, como es bien sabido, reconoce con claridad la libertad de empresa. Libertad que debe operar en el marco de la "economía de mercado". Además, y ello es importante, la propia Constitución exige que los Poderes Públicos garanticen y protejan su ejercicio como consecuencia de la definición del Estado como Social de Derecho y como expresión, por tanto, del papel del Estado como propulsor y responsable del clima social necesario para el ejercicio de las libertades públicas. La propia definición del Estado Social, por otra parte, explica los límites constitucionales que gravitan sobre la libertad de empresa: exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Además, como lógica prolongación del artículo 38 “in fine” también el ejercicio de la libertad de empresa deberá tener en cuenta el contenido de los artículos 128 y 131 de la Constitución. De todas formas, dichas limitaciones no hacen más que reconocer claramente esta libertad pública, supuesto de normalidad, a la vez que sugieren la idea de que cuando el interés general así lo aconseje podemos encontrar una situación de ejercicio excepcional de la libertad de empresa. Pero en todo caso, la consideración, ya admitida, del interés general como concepto orientado hacia la plena realización de los derechos fundamentales exige medidas ponderadas y plenamente ajustadas a los valores constitucionales.

La libertad de empresa, como libertad, se encuentra al servicio del libre desarrollo de la personalidad. Juega como una manifestación más de la virtualidad operativa de la libertad en el seno del Estado Social y se orienta, como todas las libertades, hacia la conservación de la plena realización de la persona en la sociedad. Su conexión con el resto de los derechos fundamentales y su fundamento constitucional al servicio del libre desarrollo de la personalidad, debe permanecer en el primer plano hermenéutico.

Quizás por ello, la aparente contradicción existente entre el artículo 38 y el artículo 128.2 de la Constitución puede resolverse, siendo fiel a la operatividad de las libertades públicas en nuestra Constitución, fácilmente. Solamente es posible la iniciativa pública en caso de que así lo exija el interés general. Es decir, la vis expansiva de los derechos fundamentales demanda colocar a la actividad de la Administración Pública en su lugar. De lo contrario, podría producirse una peligrosa conculcación del alcance y efectividad de una de las conquistas más sobresalientes de nuestro tiempo.

Puede decirse que la Constitución proclama en su artículo 38 un sistema de economía de mercado con ciertos límites. Límites que no son más que la aplicación de la cláusula del Estado Social al campo económico. Según esta formulación, el supuesto normal sería el ejercicio de la libertad de empresa; y cuando lo exijan razones de interés general habrá que dar entrada a la empresa pública.

Estas consideraciones, si se quiere un tanto generales, son necesarias, a mi juicio, para encuadrar el tema que nos ocupa. Sencillamente porque es

muy distinto el papel de la Empresa Pública según el modelo de Estado que se haya constitucionalizado.

Pienso que no es esencial al Estado la iniciativa pública económica. Sólo cuando sea necesario en virtud del interés general. De ahí que el profesor ARIÑO haya escrito que “las esfera de legítima intervención del Gobierno en un modelo de Sociedad libre debe venir justificada por la existencia de un interés público”.

Desde luego, para quienes estamos convencidos de que debe haber tanto Estado o Poder público, como sea imprescindible, y tanta libertad como sea posible, la cuestión del papel y la funcionalidad de la empresa pública no ofrece especiales problemas.

Pero, ¿con qué se corresponde hoy la necesaria persecución del bien común por parte del poder público? En otras palabras: ¿cuáles son los presupuestos éticos de la legitimidad del Estado democrático?.

En términos abstractos, el bien común alude a la consecución, mediante la unión social, del cumplimiento responsable de las funciones vitales propias del hombre. Por ello, el bien común trata de hacer posible la existencia plenamente humana de los ciudadanos mediante la creación de un orden de bienestar.

Pero si avanzamos un paso más en esta reflexión, pronto llegaremos a la conclusión de que, en nuestros días y partiendo de la dignidad de la persona, los derechos fundamentales son los que, como dice el Tribunal Constitucional, “establecen una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamentos de la unidad política sin mediación alguna”.

Los derechos fundamentales, por tanto, se constituyen en pieza clave del sistema democrático y la tarea de protección y promoción de los mismos debe ser asumida por todos quienes sirven a la sociedad.

Por tanto, hoy en día los Derechos Fundamentales son un conjunto de valores o fines directivos de toda política activa. En otras palabras, el poder

político debe orientarse hacia su realización efectiva y de no hacerlo, traiciona la legitimidad sobre la que se asienta.

El olvido de las personas y de sus derechos fundamentales como eje sobre el que debería girar la actividad política, podría suscitar una manera de estar en la sociedad, a merced del poder público y podría desarrollar una conciencia, según la cual el Estado ocuparía una posición no de garante de los derechos, sino de mero proveedor de bienes. Y de ahí a entender, -consciente o inconsciente- al Estado como un instrumento del cual *servirse* uno mismo, para obtener de él todo lo que se pueda, sólo hay un paso. Un paso que hemos visto dar más a menudo de los que quisiéramos en los últimos años.

II. CAMBIOS EN EL MODELO DE BIENESTAR

A este respecto, el “Welfare State”, que alcanza su pleno desarrollo, con carácter general, durante los años 1945 a 1973, ha ido adquiriendo las características propias de un Estado fuertemente interventor en franco detrimento de las libertades del hombre hasta llegar a una situación bautizada como la crisis del Estado del bienestar. Las causas principales, a mi juicio, se encuentran en que el Estado se ha excedido en su función y en que, además, no siempre la mayor carga fiscal ha supuesto mejores y más eficaces servicios públicos. (Edgar MORIN).

La llamada crisis del Estado del Bienestar es una demostración de que es posible orientar las políticas públicas de otra manera. El propio Tribunal Constitucional ha señalado que los intereses públicos no son conceptos que deba definir unilateralmente el Estado, sino que, por el contrario, son conceptos que deben definirse a través de una acción combinada entre Poderes Públicos, agentes sociales y ciudadanos. Hoy, que vivimos en una sociedad abierta, en frase feliz de Karl POPPER, ya no son válidas las fórmulas cerradas de naturaleza burocrática. Es más, la propia Administración Pública, y su entera actividad deben transformarse en auténticas estructuras de humanización de la realidad, en entornos de servicio a los objetivos constitucionales, y muy especialmente al libre desarrollo de la persona.

En este contexto, es perfectamente compatible que el Estado se oriente hacia las grandes políticas públicas de naturaleza social para crear ese clima en el que cada ciudadano pueda ejercer efectivamente los derechos fundamentales, con el replanteamiento de su presencia en la economía. Porque, no lo olvidemos, la función básica del Estado, no es ser empresario, sino contribuir decisivamente a que la equidad y la solidaridad, las dos grandes políticas públicas del futuro, sean los verdaderos principios rectores de la política económica y social.

Sin embargo, el ciudadano está llamado a configurar los intereses públicos y, por tanto, el bien común, porque en el sistema democrático todos son, o deben ser, responsables de los intereses generales.

Quiero significar que aunque hoy es frecuente apelar a la llamada crisis del Estado del bienestar, es de justicia reiterar que este modelo de Estado surge de una convicción moral, como dice Karl POPPER, sumamente humanitaria y admirable. Lo que ha pasado es que se ha olvidado el principio de subsidiariedad que, probablemente, permite llegar a mejores resultados, con menos costes y con mayor participación social. Debe reivindicarse, pues, nuevamente que el principio rector que justifica la actividad del Estado en el plano económico y social es el de la subsidiariedad. Y no es que la subsidiariedad equivalga, como ya hemos señalado, a un Estado débil. Más bien, todo lo contrario, porque la fortaleza o debilidad de un Estado pienso que no se debe medir por el tamaño del sector público sino por la sensibilidad frente al bien común de los ciudadanos. Para conseguirla, el Estado debe transferirles, racionalmente y en el marco del interés general, las competencias que le son propias. ¿Porqué?. Porque, entre otras razones, después de años de rodaje del sistema, parece que nadie duda que la titularidad estatal de determinadas actividades puede que no sea compatible con un contexto de libertad.

III. PRIVATIZACIONES

En este contexto en el que hay que situar el arranque del fenómeno privatizador. Fenómeno que se ha calificado por importantes representantes del mundo académico como “la oleada del futuro” o “la revolución silenciosa”,

y que viene a representar, en lo que se refiere a su gran potencialidad, una oportunidad inmejorable para reflexionar sobre la operatividad de lo público. No para eliminarlo. No. Simplemente para hacer constar que el Estado, que no es un fin en sí mismo sino que se justifica en la medida en que se orienta hacia el bien común, debe abrirse continuamente a la sociedad para que sea esta y, muy excepcionalmente sus componentes, todos los ciudadanos, los auténticos protagonistas de la vida social. La pérdida de confianza en la intervención estatal sobre la economía se sitúa en el punto de mira de las nuevas direcciones de la política económica. Pues bien, este escepticismo creciente se encuentra, pienso que no exagero, tanto en las reflexiones de los economistas académicos como en las percepciones de sectores sociales cada vez más amplios.

En el ámbito de la teoría económica, el análisis científico de los fallos de mercado había ofrecido justificación teórica a la regulación de la actividad privada por parte del gobierno. Ahora bien, el “consenso regulador” que había dominado el pensamiento económico y la práctica política aparece cuestionado de forma creciente a partir de los años sesenta.

En paralelo al desarrollo de esta reelaboración teórica que redefinía la visión tradicional y proponía para los problemas económicos nuevas soluciones alternativas a las convencionales, se había extendido en la sociedad un malestar generado por el fracaso de las soluciones tradicionales en el desenlace de los problemas. Era creciente la percepción del Estado como un empresario extremadamente ineficiente. Y, particularmente en las economías menos desarrolladas, las empresas públicas eran vistas como una fuente de conductas corruptas y de mecanismos de búsqueda de rentas. De ahí que ganara cada vez más aceptación la idea de que una fórmula adecuada para acabar con estos problemas era la reducción de la presencia del Estado en la economía.

Tras la II Guerra Mundial, como he indicado, el intervencionismo del sector público fue aumentando de forma progresiva. No obstante, desde la aparición conjunta de situaciones de inflación y desempleo, y más recientemente con el impulso derivado del estrepitoso fracaso de las economías de planificación centralizada, tanto el número de partidarios del mercado como las actuaciones tendentes a reducir el intervencionismo estatal se han multiplicado.

Expresiones de este cambio las podríamos encontrar en la aceptación general de la imposibilidad de intercambio estable de crecimiento por inflación lo que ha llevado a la aparición cada vez más frecuente de bancos centrales independientes del Gobierno con el objetivo del mantenimiento de niveles bajos de inflación, en la tendencia a la reducción general del déficit público y la reducción del tamaño e importancia de las empresas públicas mediante su venta al sector privado a través de procesos de venta de activos públicos.

Los procesos de privatización comenzaron hace unos quince años en el Reino Unido y fueron una parte sustancial del programa de liberalización económica de Margaret Thatcher. Posteriormente, se generalizaron en otros países, tanto desarrollados como en desarrollo.

En España, las privatizaciones se iniciaron tímidamente hace una década, aunque sin un sistema ni una metodología general. En el programa del actual Gobierno, la aceleración y culminación de la privatización de gran número de empresas con participación pública en su capital constituye una actuación prioritaria.

¿Porqué? Porque hoy ya no es soportable un sector público como el que hemos heredado del Estado intervencionista, por ineficaz y porque, el Estado no debe ser un empresario más, por lo que parece necesario un proceso dirigido, también en este ámbito, al cambio cultural. Es más, la empresa pública o la declaración de servicio público deben limitarse, a aquellos ámbitos en los que, efectivamente, sea necesaria la presencia pública por imperativo de los derechos de los ciudadanos para contribuir, insisto, a hacer posible auténticos entornos de humanización. Y, también, como es lógico, a los supuestos de actividades consideradas estratégicas en sentido estricto.

En esta situación, parece sensato proponer una limitación en el uso de la empresa pública, minimizando la utilización es esta figura.

Después de la Segunda Guerra Mundial comienza, como ya he señalado varias veces, un crecimiento necesario del sector público ayudado por el Estado Social que, en su primera fase, pasará a la historia por una decidida orientación intervencionista. Pues bien, la aparición, con cierta vocación de generalización de la privatización, puede entenderse, sin gran dificultad, como

una clara respuesta del conjunto de la Sociedad frente a ese progresivo avance del sector público que, en cualquier momento, podía neutralizar el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas de todos y cada uno de los miembros de la colectividad. Y es que, sobre todo, entre los años 1960 y 1989 el crecimiento del sector público se ha producido a un ritmo vertiginoso.

De ahí que como ha señalado PIRIE, “parte del carácter universal de la llamada privatización radica en el hecho de que no se trata de una política, sino de una orientación”. Orientación que se ha producido, y ello es capital, como una reacción frente a un crecimiento del sector público que, poco a poco, ha ido restando fuerza a las preferencias y elecciones individuales.

Debido al recurso de las privatizaciones el peso del sector público empresarial en la economía europea ha disminuido en los últimos años, pasando de significar el 15% del total en 1985, al 12% en 1991 y al 9% en 1994.

Las privatizaciones realizadas en Europa en los últimos años suponen un valor enajenado de más de 117.000 millones de dólares (más de 14 billones de pesetas).

En España, el Gobierno valora en más de 3 billones de pesetas las participaciones que se pondrán a la venta en la legislatura y sólo en este año, los ingresos por privatizaciones parece que superarán los 700.000 millones de pesetas.

Es evidente, pues, que a partir de la década de los ochenta la palabra privatización se ha generalizado tanto que es raro encontrar personas que no hayan discutido alguna vez sobre el alcance y significado de esa palabra. La venta de empresas públicas es la “ola del futuro”, de acuerdo con la expresión del Nobel de Economía de la Universidad de Chicago, Gary BECKER.

Privatización es un término que, según ASCHER, se utiliza para caracterizar multitud de iniciativas gubernamentales destinadas a reducir el rol del sector público.

En términos generales, YOUNG describe las privatizaciones como aquel conjunto de políticas destinadas a limitar el papel del sector público, a incrementar el del privado y también a mejorar las actuaciones y los resultados de aquellas actividades que permanezcan en manos del sector público.

Aunque teóricamente es posible identificar numerosas modalidades de privatización, puede dividirse en tres grandes grupos. En primer lugar, liberalización o desregulación, que es la técnica de más amplio alcance que se puede utilizar para introducir al sector privado en el ámbito de actuación del sector público. En términos generales, su aplicación consiste en derogar toda la normativa legal que impida al sector privado competir con el monopolio estatal.

La desregularización no consiste únicamente en suprimir barreras existentes, sino que también exige establecer una nueva normativa que modifique las condiciones de competencia de los mercados en cuestión, centrándose específicamente en la remoción de barreras a la entrada en el mercado, ya que ello permitirá una asignación más rigurosa y eficiente de recursos.

A estos efectos, es necesario recordar que la desregularización de los mercados de bienes y servicios se ha enfrentado tradicionalmente en España con dos barreras: la politización de la medida y la presión de las empresas y grupos afectados que han logrado, en muchas ocasiones, mantener sus mercados cautivos y asegurar sus fuentes de rentas. Por eso, es fundamental que la desregulación fomente, la libertad económica entendida en su más noble expresión, porque es posible, lo sabemos bien, hacer compatible la liberalización, con minúsculas, con los monopolios más o menos encubiertos.

Los tiempos que corren, no parece que sean favorables a los monopolios. Realmente, no se entiende bien como es posible que todavía subsistan en buena parte del mundo actual. Por una parte, porque la idea de exclusividad, de monopolio, está en franca oposición, me parecen con el nuevo escenario de la economía mundial. Por otra, porque la necesidad de replantear el concepto jurídico-público de servicio público es una tarea urgente para adaptar el derecho Administrativo a las "nuevas realidades". Y,

por si fuera poco, porque el Estado no es una empresa más, ni debe actuar únicamente con criterios de rentabilidad financiera, al menos mientras subsistan personas, y no pocas, que se encuentran por debajo del umbral mínimo de medios económicos que posibiliten una vida digna.

En efecto, el mundo camina hacia una progresiva desaparición de los monopolios públicos en aquellas actividades que no sean de la competencia exclusiva del Estado como pueden ser la Administración de Justicia, la Defensa Nacional, la hacienda o la acuñación de moneda, etc. Pero, en todas las demás actividades, sobre todo en las económicas, ¿por qué esas reservas de exclusividad del sector público?.

Ciertamente, el concepto de servicio público, sobre todo si concurren ámbitos propios de derechos fundamentales, no puede seguir disponiendo de la situación de privilegio de la que sigue gozando todavía. No es justo, ni lógico, que se puedan seguir declarando servicios públicos esenciales actividades conectadas con los derechos fundamentales. Este planteamiento está caduco, no se compadece con los nuevos enfoques de este momento de la historia y, lo que es más grave, atenta contra la libertad.

Por esto, salvo para las funciones indisolubles unidas a lo que son las funciones básicas del Estado, el concepto de servicio público debe abrirse a la realidad y abandonar la posición de supremacía que todavía la caracteriza.

Una concepción abierta, apegada a la realidad del servicio público no implica, ni mucho menos que se abandone, solo faltaría, la obligación del Estado, de garantizar el acceso de todos los ciudadanos a los servicios públicos básicos: correo, transporte, energía, agua, comunicaciones. Se trata de mejorar la calidad en la prestación y, para ello, resulta un tanto anacrónico, antieconómico e incluso autoritario, defender que estos servicios se deban gestionar por empresas públicas en régimen de monopolio. Porque, ¿no sería mejor aligerar de verdad y racionalmente este monstruoso aparato público y que se dedicara, sobre todo, a hacer efectivos esos derechos fundamentales de las personas que todavía se encuentran en unas condiciones vitales indignas de nuestro tiempo?.

En segundo lugar, la venta de activos suele ser, en general, el instrumento más utilizado y se plasma en el traspaso de dichos activos al sector privado a través de diversas fórmulas como pueden ser: la venta directa de la empresa, la oferta pública de acciones o la venta a través de un procedimiento de licitación.

En tercer lugar, desde una perspectiva más amplia, es posible contemplar la privatización no como una mera transferencia de la propiedad de la empresa pública al sector privado, sino como el intento de privatizar la propia actividad de la empresa pública.

En este sentido se puede conseguir la privatización, como señalan VICKERS y YARROW, mediante la contratación externa al sector privado de servicios financiados públicamente, que antes eran prestados por organismos del sector público. Es decir, que el sector público se convierte en contratante, limitándose a garantizar la provisión de determinados bienes y servicios que serán producidos por la empresa privada.

Esta nueva orientación supone un nuevo enfoque que no puede pasar inadvertido al estudioso del Derecho público. Su profundo impacto en el conjunto de los dogmas clásicos del Estado del Bienestar exige aproximarse a numerosos interrogantes tales como la operatividad del interés general, la funcionalidad de la empresa pública en el Estado Social o el papel que debe jugar el Estado frente a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Los argumentos favorables a la privatización son muy variados. Es ya clásica la clasificación de las causas del fenómeno privatizador en razones financieras, razones económicas y razones políticas. Las razones financieras vienen precedidas por la necesaria reducción del déficit de las Administraciones Públicas. Es un simple problema de reducción del gasto público que viene agravado por el hecho de que estos galopantes déficits se deben, sobre todo en el marco de la Europa comunitaria, al aumento de las transferencias corrientes y de capital a las empresas públicas. Por tanto, el fenómeno privatizador, que supone una importante reducción de financiación pública parece que puede ser de una importancia capital.

Por lo que se refiere a las razones de naturaleza económica hay que señalar que no son otras que las que postulan que la privatización supone una forma de mejorar la eficiencia a todos los niveles de la empresa, facilitando su adaptación a la nueva situación económica. Se adopta la determinación de privatizar porque se está convencido de que la gestión privada es más eficaz que la pública.

Junto a ello nos encontramos igualmente con un régimen proteccionista por parte de los poderes públicos que, muchas veces consagran auténticos monopolios y, otras, generan una regulación tan amplia que, además de eliminar la competencia, llevan a dichas empresas hacia una situación de ineficacia. Aquí, por tanto, las políticas de resregularización que surgen en la década de los setenta en Estados Unidos, juegan un importante papel y pueden conseguir agilizar y flexibilizar el régimen interno de las empresas públicas. Ello también permite pensar que la simple transferencia de capital público a manos privadas, si no va acompañado de medidas realmente liberalizadoras, apenas conseguiría el efecto buscado.

Es en este campo donde se hace precisa la intervención de las Administraciones Públicas ya que la dinámica de las empresas lleva a la concentración y a la reducción de espacios competitivos. No se trata de una intervención directa en el mercado como hacen las empresas públicas y las agencias reguladoras, sino de una intervención indirecta, creando y manteniendo las condiciones para que el libre funcionamiento del mercado tenga buenas consecuencias sociales; se trata de crear las condiciones para que el funcionamiento libre del mercado produzca los mejores efectos de eficiencia y equidad.

Las razones de carácter político se centran en la vuelta a un nuevo liberalismo en el que la propiedad privada y la iniciativa privada juega un papel de primer orden. La vuelta al liberalismo se ha debido, sobre todo, a los resultados globales del Estado intervencionista en la actividad económica. La reacción ha sido generalizada e incluso, desde los sistemas políticos y económicos más opuestos, la bandera de la privatización ha sido enarbolada. En el fondo, se trata de una reivindicación de los valores individuales en el marco de una economía de mercado.

El denominador común que se encuentra en el “boom” privatizador es la necesidad de definir los límites y las funciones del Estado en el ámbito económico que en esencia, se circunscribe a posibilitar el libre ejercicio de los derechos fundamentales por los ciudadanos. La mayor parte de la riqueza de un país es generada por la iniciativa privada y, por eso, los poderes públicos deben promover una libertad de empresa que se oriente al servicio de una serie de objetivos sociales para todos los interesados, empresarios y trabajadores.

Hoy, en fin, parece que debe ser el sistema de mercado el marco de actuación de los agentes sociales y económicos. Por eso, poco sentido tiene el mantenimiento generalizado de empresas públicas improductivas cuando el futuro parece que pasa por equipar a las empresas privadas con las facilidades fiscales y legales que les permitan competir con garantías en el Mercado Único.

Ciertamente, la economía de mercado es uno de los presupuestos de la modernidad. Pero no debemos tener miedo a pensar que un modelo de mercado anclado en el beneficio exclusivo como fundamento del sistema, no proporciona datos esperanzadores. Desde que he tenido el placer de conocer al profesor ORDUNA he podido percibir que una de sus preocupaciones científicas se encuentra precisamente en instalar la equidad y la solidaridad en el frontispicio de los fundamentos del mercado junto al beneficio. Porque no se puede olvidar que todos sus integrantes deben poder realizarse como personas.

El sistema de mercado, que no debe ser tampoco un valor absoluto, ha permitido, pues, un interesante debate sobre el papel de los poderes públicos en la vida económica. En este sentido, es necesaria la creación de un clima de calidad en el ejercicio de todos los derechos fundamentales como función clave del Estado actual. El elemento central es la persona, por lo que el conjunto del Derecho público no supone más que un Ordenamiento al servicio del libre desarrollo de la personalidad. Por eso, la libertad de empresa debe ser la regla general, salvo excepciones, en el marco general de funcionamiento de la actividad pública económica. Por eso se explica el “boom” privatizador. Porque se comprobó en muchos casos que la actividad pública económica en su conjunto adolecía de graves problemas de gestión, de

rentabilidad y, sobre todo, de idoneidad para prestar todos los servicios públicos que hoy demanda el ciudadano.

La privatización ha puesto una fuerte sacudida ante el modelo del Estado lanzado a la intervención en todos los sectores. Supone una dura reacción frente a quienes han venido sosteniendo la publicación continua de tantas y tantas actividades económicas y, hasta no económicas. Hasta ahora, el rendimiento de las empresas públicas ha dejado mucho que desear en general. En este sentido, el “boom privatizador” ha supuesto un cambio de aires. Pero, no se trata, en mi opinión, insisto, de un modelo definitivo, se trata de una invitación para que lo público recupere su virtualidad. Se trata, en definitiva, de que los poderes públicos asuman el papel de impulsores y promotores de un ambiente en el que cada ciudadano pueda desarrollar sus derechos y libertades públicas. El servicio a este objetivo constitucional justifica la intervención del Estado.

La privatización, por tanto, es la locomotora que se puede traer tras de sí, en la medida que los poderes públicos actúen con generosidad, un espaldarazo definitivo, muy necesario, a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes tal y como dispone el conocido artículo 10.1 de la Constitución.

Seguramente, en el siglo XXI coexistirán un sector público más racional y al servicio del hombre y un sector privado con un mayor compromiso social. En todo caso, es necesario que no se pierda de vista el carácter instrumental de las actividades privatizadoras en el contexto de una nueva definición de las tareas públicas, más propicias para el desarrollo integral de la persona.

Sabemos bien que el Estado debe garantizar el cumplimiento de los derechos humanos en el marco del bien común. Por eso, el modelo del Estado social del Bienestar, en el que se instala la llamada Economía Social de Mercado, implica que la acción pública, en el marco de la subsidiariedad, se oriente hacia la dignidad de la persona, que es la fuente y la garantía del bien común, de manera que la intervención, cuando sea necesaria, tenga siempre esta connotación de servicio al hombre que vive en comunidad. De ahí que sea incompatible con el modelo del Estado “social” del Bienestar de creencia de que el mercado por sí mismo todo lo arregla. Sabemos que el liberalismo

económico a ultranza atenta gravemente contra los derechos humanos. Por eso, la intervención pública debe legitimar un orden económico al servicio del hombre. Quizás, en este sentido puede entenderse la doctrina de la llamada economía social de mercado, que me parece que se encuentra en la entraña de lo que debe entenderse por el Estado social del Bienestar.

Como recuerda el profesor VELARDE FUERTES, en torno al llamado círculo de Friburgo surge un conjunto de pensadores críticos frente a las bases teóricas del Estado intervencionista. Entre ellos, destacan Walter EUCKEN, Ludwig ERHARD -del que se celebra este año el centenario de su nacimiento- o Fiedrich VON HAYEK. Realmente, la importancia del pensamiento de estos economistas, conocidos como representantes de la economía social de mercado, es muy grande y su actualidad innegable. EUCKEN, por ejemplo, se planteó la cuestión de la actividad estatal en materia económica. Su planteamiento me parece impecable: el problema es de orden cualitativo, no cuantitativo. El Estado ha de influir en el marco institucional y en el orden dentro del cual se desarrolla la actividad económica. El Estado, según EUCKEN, y la doctrina de la economía social de mercado, ha de fijar las condiciones en que se desenvuelve un orden económico capaz de funcionamiento y digno de los hombres, pero no ha de dirigir el proceso económico.

A partir de estos planteamiento de EUCKEN, Ludwig ERHARD, artífice del llamado "milagro alemán", lanzó la idea de la economía social de mercado: doctrina que plantea que la economía de mercado debe alcanzar objetivos sociales de bienestar para todos gracias a una política monetaria, financiera y crediticia adecuada que tenga como objetivos el crecimiento de la balanza de pagos, el mantenimiento de la estabilidad monetaria, el crecimiento económico continuo y el pleno empleo.

También es bien conocida, aunque no por ello menos interesante, la crítica de ERHARD al neoliberalismo de carácter benéfico que, sin más, alcanza el bien común. ERHARD denunció en su tiempo los vicios de la competencia cuando conculca la ética y señaló certeramente las características del sistema de mercado concebido de manera absoluta: aislamiento individualista, consumismo, masificación, competitividad arruinante, afán de poder económico, daños a la moralidad pública por intereses comerciales, insolidaridad, especulación sumergida en el anonimato, etc. Pienso que

ERHARD acertó al entender la necesaria complementariedad entre lo personal y lo estatal, entre la libertad y el ordenamiento, entre mercado competitivo y regulación económica. Es una idea sugerente que tiene hoy gran aplicabilidad que conecta perfectamente con el principio de subsidiariedad y que plantea un desafío importante al hombre de nuestro tiempo para que, con libertad y creatividad, participe activamente en la construcción de nuestro tiempo.

El principio de subsidiariedad, lógicamente, limita considerablemente la operatividad del poder estatal y responsabiliza a las personas en el cumplimiento de sus fines vitales y sociales. Como principio superior filosófico-social, tiene tres importantes corolarios. Primero: un sistema social es tanto más perfecto cuanto menos impida a los individuos la consecución de sus propios intereses. Segundo: un sistema social es tanto más valioso cuanto más se utilice la técnica de la descentralización del poder y la autonomía de las comunidades menores. Tercero, y muy importante, un sistema social será más eficaz cuanto menos acuda a las leyes y más a la acción de fomento y a los estímulos para alcanzar el bien común.

El principio de subsidiariedad supone tanta libertad como sea posible y tanto intervención estatal como sea imprescindible. En realidad, como sabemos, el ideal del orden social se orienta hacia la mayor libertad posible en un marco de mínima regulación estatal. Los pueblos que han tenido más leyes no es que hayan sido los más felices nos recuerda Johannes MESSNER. Sin embargo hoy por hoy existe una fuerte convicción en que el progreso social depende de la intervención estatal. La cuestión es reducir la intervención a ese marco de ayuda ínsito en la idea del bien común, porque no se puede olvidar que la gran paradoja, y tremendo fracaso del Estado intervencionista, ha sido pensar que la intervención directa producía automáticamente mayor bienestar general. La fórmula es, más bien, la que parte de la subsidiariedad: cuanto más se apoye a la persona y a las Comunidades menores en que se integra, se fomentará la competencia y la responsabilidad y el conjunto tendrá una mayor autonomía. Porque no se puede olvidar que el principio de subsidiariedad protege los derechos de las personas y de las pequeñas comunidades frente a un Estado que, históricamente, ha cedido a la sutil tentación de aumentar considerablemente su poder. Pero lo más importante, independientemente de la fuerza evidente de este principio básico de la Ética

política, es que el bien común se alcanza más fácilmente si los propios individuos y las pequeñas comunidades viene en un contexto de responsabilidad e ilusión por conseguir sus fines existenciales.

Otra cuestión que es importante destacar es la presencia de la solidaridad. Los mercados no pueden discriminar sistemáticamente a un grupo de ciudadanos sin que eso tenga consecuencias ya que, dado que el mercado produce ganadores y perdedores, la justificación social de una institución que produce perdedores sólo existe si se da compensación a estos.

Se trata de lograr, como señala el profesor ORDUÑA, un sistema de orden equitativo organizado en la búsqueda de la justicia y el progreso común.

Mercado y solidaridad son dos conceptos que deberían estar en continua interacción, como elementos garantizadores de libertad, trabajo y protección para los desfavorecidos.

En realidad, el Estado social del Bienestar no supone que la regla deba ser la mayor intervención del Estado en la vida económica y social; ni tampoco que se deba practicar una no intervención de los Poderes públicos en la sociedad. El Estado, es necesario recordarlo, tiene una función ordenadora en la vida económica y social, tiene un cometido fundamental: establecer el orden en el que se consiga la mayor medida posible de bienestar general y se promueva el libre desarrollo de la persona en beneficio de la generalidad. Por eso, como acertadamente señala MESSNER, la finalidad de la política económica, que siempre tiene un claro sentido instrumental, es la creación de los medios adecuados para que la economía alcance su fin social: una mayor productividad socioeconómica y un mayor nivel de vida de todos los ciudadanos. La elevación de la productividad socioeconómica implica que todas las instituciones económicas deben orientarse en su actuación a este objetivo. Y, para alcanzar el mayor nivel de vida posible es necesario un justo reparto del producto social de manera que, también al servicio de esta finalidad han de orientarse la política monetaria, la política crediticia, la política de salarios de precios o de impuestos, la política coyuntiva y de pleno empleo, la política agraria, sindical... También la política fiscal ha de ser analizada en este contexto: debe orientarse hacia el bienestar económico y social.

El Estado social de Derecho, que parte del principio de subsidiariedad, supone que el propio Estado no debe ejercer actividad económica propia, a menos que la iniciativa privada sea insuficiente para cubrir las necesidades sociales o que el bien común exija su presencia en la vida económica. Por tanto, debe recordarse que la actividad económica estatal se justifica solamente, como es lógico, en caso de bienes y servicios de necesidad pública.

En suma, el fenómeno privatizador al que estamos asistiendo tiene la virtualidad de proporcionarnos la oportunidad de reflexionar sobre las relaciones del Estado con la sociedad y sobre el papel de las libertades públicas en el marco constitucional.

En este sentido no es baladí recordar que el Estado no puede dejar que el sistema se dirija por el mercado o por las fuerzas sociales, limitándose a dejar hacer. El Estado está al servicio del hombre y no al revés. Por tanto, desde el Estado se debe promover sin descanso el bien común, se deben potenciar las llamadas instituciones intermedias; en definitiva, se debe intentar contribuir a crear el marco más adecuado para que el ser humano se pueda realizar como tal.

Hoy el gran desafío que nos acecha es saber combinar una política social de vanguardia también desde los poderes públicos con una presencia pública en la economía que deje el timón del desarrollo económico al sector privado.

RESPONSABILIDADE POR INFORMAÇÕES FACE A TERCEIROS

Jorge Ferreira Sinde Monteiro*

Universidade de Coimbra

INTRODUÇÃO

Havíamos anunciado como tema desta comunicação a *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*. Pareceu-nos contudo que a matéria seria demasiado extensa para poder ser tratada no curto espaço de uma hora, razão pela qual iremos abordar apenas um dos aspectos coenvolvidos.

Começaremos por colocar a questão em termos gerais (I), fazendo depois uma alusão ao direito português (II), para considerarmos então, especificamente, a *responsabilidade face a terceiros* (III).

I. Da Responsabilidade por Informações, em Geral

1. Terminologia. Liminarmente, acentue-se que utilizamos o vocábulo “informação” num sentido muito lato, abrangendo igualmente o conselho e a recomendação. Em consonância com o Código Civil português de 1966 (art. 485) (1), não parece na verdade existirem razões para, à partida, estabelecer uma valoração jurídica diferente consoante se esteja perante uma simples informação (a comunicação de um facto objectivo) ou de um conselho (que implica um juízo de valor sobre um acto futuro do “aconselhado” e, com isso, uma exortação para este agir num determinado sentido), devendo por seu

* Prof. da Faculdade de Direito

(1) As disposições legais citadas sem indicação de fonte pertencem a este diploma civil básico.

turno a recomendação ser vista apenas como uma subespécie do conselho (2).

2. A *questio iuris*. Por outro lado, vamos abordar um tema de responsabilidade civil. Trata-se de saber, quando a informação é falsa ou errada, e aquele que a recebeu actuou em conformidade, por confiar na sua veracidade, com isso sofrendo um prejuízo, se pode exigir uma indemnização à pessoa que informou (3).

3. Particularidades do tema. Assinale-se ainda, como nota característica desta área do direito da responsabilidade, o estarem quase exclusivamente em causa os chamados danos pura ou meramente patrimoniais (*pure economic loss, reine Vermögensschäden*), também designados danos patrimoniais primários, isto é, danos que se repercutem negativamente na situação económica global do lesado (traduzindo-se normalmente em disposições patrimoniais desvantajosas), sem prévia verificação de um dano físico, em pessoas ou em coisas (4).

4. Plurilocalização no sistema jurídico. Do ponto de vista do direito civil, parece não existir um problema específico e autónomo de responsabilidade por informações.

-
- (2) Jorge SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações e Informações*, Coimbra, 1990, 14-18. Note-se que a informação e o conselho aparecem frequentemente entreligados, v.g. em pareceres e relatórios periciais. A título de fundamentação, o conselho pressupõe uma determinada base factual objectiva; e a informação, na sua aparente neutralidade, pode ser prestada com o sentido de um conselho ou recomendação. Na literatura francesa, a dicotomia fundamental é entre *conseil* e *renseignement*, situando-se a *mise en garde* a meio caminho (J. GHESTIN, *Conformité et Garanties dans la Vente*, Paris, 1983, n.º 98; C. Lucas de LEYSSAC, *L'Obligation de Renseignement dans les Contrats in L'Information en Droit Privé*, Paris, 1978, 303 s., 306-307). A expressão "informação" é com frequência utilizada em sentido genérico, abrangendo as diversas modalidades (G. VINEY, *La Responsabilité: Conditions, Traité de Droit Civil* sous la direction de J. GHESTIN, IV, *Les Obligations*, Paris, 1982, n.º 502).
- (3) Abordaremos em exclusivo a questão da responsabilidade face à pessoa que recebe a informação. Diferente é a da responsabilidade para com pessoa sobre quem a informação é dada (sendo esse o caso).
- (4) Werner LORENZ, *Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtiger Auskunft*, in FS Larenz, München, 1973, 575-620. Sobre este tipo de danos, v. E. K. BANAKAS (ed.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, 1996.

Se prestadas durante as negociações contratuais, trata-se do problema da existência e do âmbito dos deveres pré-contratuais de esclarecimento, cujo fundamento jurídico costuma ser visto no princípio da boa fé, podendo estar em causa uma responsabilidade por *culpa in contrahendo* (5).

Depois, quando é pedida uma informação (*v.g.* junto de um banco, a respeito das condições patrimoniais de um cliente com o qual um terceiro, que pede essa informação, pretende entrar em relações negociais) e é dada uma resposta, coloca-se frequentemente a questão de saber se foi ou não concluído um contrato, do qual resulte o dever jurídico de proceder com diligência na prestação da informação (6).

Mesmo quando é segura a existência de um contrato, pode estar em causa, para efeitos de responsabilidade, a determinação do respectivo conteúdo, como no caso de compra ou assinatura de revistas de informação económica (7).

Familiar ao jurista é igualmente a questão dos contratos celebrados com profissionais (advogados, economistas, engenheiros, etc.) que têm justamente como objecto (ou elemento integrante) a prestação de conselho ou informação (8). E é óbvio que se pode colocar um problema de responsabilidade

(5) O Código Civil português contém uma disposição atinente a esta matéria, o art. 227 (*culpa na formação dos contratos*), nos termos do qual "quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar a outra parte" (n.º 1); "a responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498" (n.º 2).

(6) Helbert SCHÖNLE, *La Responsabilité des Banques pour Renseignements Financiers Inexactes*, in Mélanges Henri Deschenaux, Freiburg, 1977, 387-410.

(7) Tem sido discutido o problema de saber se o contrato de assinatura de revistas económicas, sobretudo as especializadas em informações de bolsa, é um puro contrato de compra e venda, tendo como objecto a obra impressa, como tal, ou se inclui também, como dever principal, a prestação de conselho e informação, sendo de qualificar como um contrato misto. Na decisão BGHZ 70, 356 (=NJW 1978, 997), o Tribunal Federal alemão aceitou a segunda qualificação, afastando o prazo de prescrição do contrato de compra e venda (Johannes KÖNDGEN, *Die Haftung von Börseninformationsdiensten: Lüke im Anlegerschutz ? - Bemerkungen zum Urteil des BGH v. 8.2.1978 -*, JZ 1978, 389-394, e Klaus J. HOPT, *Berufshaftung und Berufsrecht der Börsendienste, Anlagerberater und Vermoögensverwalter*, Festschrift für R. Fischer, Berlin/New York, 1979, 236-261). Para o direito suíço, Alexander I. De BEER, *Zur zivilrechtlichen Haftung der Finanzpresse bei Börsenmanipulationen mittels falscher Anlageempfehlung*, Die schweizerische Aktiengesellschaft, 1983, 65-71.

(8) René SAVATIER, *Les Contrats de Conseil Professionnel en Droit Privé*, D. 1972, chr., 137-152.

delitual, nomeadamente no caso de informações conscientemente falsas, dadas com intenção de prejudicar (9).

Este modo de ver é quase evidente naqueles países onde não existe uma disposição legal que, de modo específico se refira à responsabilidade por informações, como é o caso dos direitos francês, suíço, italiano e espanhol.

Os casos concretos não-de ser resolvidos chamando à colação os princípios jurídicos que regulam o sector em causa, trate-se da responsabilidade pré-contratual, contratual ou delitual (10).

Curioso é constatar que algo de semelhante acaba por acontecer naqueles outros em que existem normas específicas. Surgindo, *prima facie*, como *lege specialae*, após interpretadas pela doutrina e jurisprudência, acabam, afinal, por não precluir a aplicação dos princípios gerais do negócio jurídico e do direito das obrigações. Tal é o caso dos direitos austríaco (11), alemão e, em nossa opinião, do português.

Decerto que se impõe uma palavra para esclarecer este ponto. Mas antes do mais queremos pôr em destaque uma nota metodológica salientada pelos autores que têm estudado o problema da responsabilidade por informações.

5. Insuficiência da teoria das fontes. Trata-se da constatação de que os princípios clássicos do direito civil não permitem resolver de forma adequada todas as hipóteses, o que coloca em causa a própria teoria das fontes das obrigações (12). Há grupos de casos, importantes nas sociedades

(9) Renato MICCIO, *Una Strana Forma di Responsabilità Aquiliana*, Giust. Civ. 1953, 1011-1016, e O. FANELLI, anot. à sentença do Tribunal de Bolonha de 17 de Outubro de 1952, Il Foro Italiano, vol. LXXVI (1953), Parte I, 422 s.. Nos direitos suíço e austríaco são clássicas, respectivamente, as decisões TF 7.12.1895, Journal des Tribunaux, 1896, 137 s., e OGH 20.9.1934, Rechtsprechung 16 (1934), Nr. 302 (pág. 181).

(10) Numa perspectiva comparatística, v. Francesco Donato BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, Contratto e Impresa, ano 7 (1991), nº 2, 539 s..

(11) Rudolf WELSER, *Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, Zugleich ein Beitrag zur Bankauskunft*, Wien, 1983, 5-6.

(12) João BAPTISTA MACHADO, *A Cláusula do Razoável*, RLJ 119, 65 s., nº 20 (ano 120, 162).

actuais, que se furtam a um tratamento justo por mera aplicação das regras tradicionais.

No direito comparado - e este é um terreno de eleição para os comparatistas, tendo principalmente em vista o sector das informações bancárias - isto torna-se claro confrontando a evolução dos direitos inglês e alemão. Ali, para resolver estes problemas, assistiu-se a importantes desenvolvimentos no terreno delitual, já que a doutrina da *consideration* impedia a utilização de uma base contratual (13); aqui, ao invés, o desenvolvimento progressivo do direito foi alcançado na área contratual (frequentemente com recurso a ficções) e quase-contratual, face à estreiteza dos §§ 823 e 826 do BGB (14).

Antes de prosseguirmos - é justamente um daqueles problemas não solucionáveis pelas regras clássicas que nos propomos tratar a título principal -, impõe-se fazer o ponto do direito português.

II. Breve Análise do Art. 485 do Código Civil Português

6. Direito português. O n.º 1 do art. 485 contém uma regra de fácil intelecção e que não suscita dificuldades, ao afirmar que “os simples conselhos, recomendações ou informações não responsabilizam quem os dá, mesmo que haja negligência da sua parte”.

Por seu turno, o n.º 2 enumera as hipóteses nas quais tem lugar uma obrigação de indemnização: “... quando se tenha assumido a responsabilidade pelos danos, quando havia o dever jurídico de dar o conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com diligência ou intenção de prejudicar, ou quando o procedimento do agente constitua *facto punível*”.

Aqui surgem algumas dúvidas, porque, de acordo com as regras gerais, podem verificar-se situações em que não há um dever jurídico de informar,

(13) Basil S MARKESINIS, *An Expanding Tort Law - The Price of a Rigid Contract Law*, 103 L. Q. R. (1987), 354-397

(14) Dieter STRAUCH, *Rechtsgrundlagen der Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten*, Juristische Schulung, 1992, 897-902.

entendendo-se porém que, se a informação é dada, existe um dever de proceder com diligência, de cuja violação pode resultar um dever de indemnizar.

Terá a lei querido cercear a aplicação dessas regras ?

Para resolvermos esta dúvida, temos de recorrer à história da lei. Fonte imediata é o § 676 do BGB, integrado nas normas do mandato, o que indicia a ligação com a figura romanística do *mandatum tua gratia*.

Este § 676 estabelece também uma regra de irresponsabilidade, ressalvando porém a que possa resultar de um contrato ou de um acto ilícito (15). *Primo conspectu*, é uma disposição enigmática, já que se limita a mandar aplicar as regras a que o intérprete sempre teria de recorrer, mesmo que não existisse qualquer norma.

Ela explica-se afinal por particularidades históricas (16). No seguimento da discussão em torno da figura do *mandatum tua gratia* e das suas excepções, uma corrente doutrinal sustentava que sempre que se pede uma informação e esta é dada, mormente em assuntos de carácter profissional, se devia ter por concluído um contrato (de mandato). E foi isto que o legislador alemão quis evitar.

A norma, simplesmente remissiva (17), tem afinal um carácter que poderá dizer-se “pedagógico”. Manda aplicar as regras gerais, mas previne (é esta a *ratio legis*) que o simples pedido e resposta a uma informação ou conselho não devem ser vistos como implicando automaticamente a conclusão de um negócio (18).

(15) O § 676 do BGB é do seguinte teor literal: “aquele que dá a uma outra pessoa um conselho ou recomendação não fica obrigado à reparação do dano nascido do seguimento do conselho ou recomendação, sem prejuízo da responsabilidade resultante de uma relação contratual ou de um acto ilícito”.

(16) SEILER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, 2. Halbband, 2ª ed., München, 1986, § 676.

(17) De “função simplesmente declaratória” fala SEILER, na anot. ao § 676 do BGB do *Münchener Kommentar*.

(18) Como a própria localização sistemática indicia, o § 676 do BGB prende-se com a resolução de um problema ligado à teoria geral do negócio jurídico - conclusão dos contratos.

Ora, nada nos trabalhos preparatórios do Código Civil português sugere se tenha querido inverter esta orientação de permitir a aplicação na área da informação das regras gerais da teoria dos contratos e da responsabilidade civil. Pelo contrário, transparece a ideia de que as informações vinculativas iam adquirindo cada vez maior importância (19).

Parece assim que temos de afastar uma interpretação puramente literal do art. 485 e considerar a enumeração do n.º 2 como não exaustiva (20). Noutras situações, poderemos igualmente deixar de estar perante os tais “simples conselhos ...” de que fala o n.º 1, que não geram responsabilidade. Saber quando tal acontece, prende-se com a aplicação de outras regras e princípios plurilocalizados no sistema jurídico.

Pensamos que não pode ser de outra forma, sob pena de se gerarem conflitos normativos para os quais não existe justificação.

Assente que também o art. 485 não preclui a aplicação dos princípios gerais, devendo essencialmente ser visto como uma norma de remissão, passemos então adiante.

III. Responsabilidade Face a Terceiros

7. Situações típicas (exemplos). Entre as situações que doutrina e jurisprudência patenteiam dificuldade em enquadrar técnico-juridicamente, contam-se aquelas em a informação é fornecida no âmbito de um contrato com determinada pessoa, indo porém influenciar as decisões de uma outra (um terceiro).

São constelações deste tipo: a) uma empresa solicita um financiamento a um banco, que o faz depender da apresentação de um relatório sobre a sua

(19) A. Paes da Silva Vaz SERRA, *Abuso do Direito (em matéria de responsabilidade civil)*, BMJ n.º 85 (Abril de 1959), 243 s..

(20) BAPTISTA MACHADO (*A Cláusula do Razoável, cit.*, n.º 20) constata igualmente a existência de uma lacuna no art. 485, n.º 2, “não obstante a sua esquadria aparentemente perfeita e acabada”. Cfr. a esse respeito as nossas observações in *Responsabilidade por Conselhos ...*, n. (355) da pág. 453, e quanto ao método proposto por esta autor para colmatar essa lacuna, a n. (207) da pág. 510.

situação patrimonial, a elaborar por uma firma especializada; o relatório, elaborado deficientemente, induz a instituição bancária a conceder o empréstimo, vindo posteriormente a sofrer prejuízos. b) Uma pessoa que pretende obter um financiamento mediante hipoteca solicita a um arquitecto ou engenheiro um relatório pericial sobre o valor do prédio para o apresentar ao mutuante; aquele é elaborado negligentemente, sendo indicado um valor muito superior ao real, com o que o mutuante acaba por ficar nas mãos com uma garantia sem qualquer valor, no caso de incumprimento por parte do mutuário. c) Um vendedor de objectos de arte pede uma avaliação a um perito, que é apresentada aos interessados na compra; sendo a avaliação falsa e encontrando-se o vendedor insolvente, o comprador fica prejudicado e pretende pedir uma indemnização ao perito (21).

Antes do mais impõe-se averiguar da possibilidade de uma resposta intra-sistemática a estes problemas, no terreno delitual.

A.- Responsabilidade Delitual. Sua Insuficiência

8. Da ilicitude. No direito português, estas hipóteses não podem ser solucionadas por uma aplicação pura e simples das disposições sobre actos ilícitos. Isto porque estamos perante “danos patrimoniais puros”, face aos quais o art. 483, n.º 1, não oferece em princípio protecção (22). Não se verificando a violação de um direito subjectivo (23) de outrem (que maioritariamente

(21) Do ponto de vista do direito comparado, v. Peter GOTTWALD, *Haftung für Auskunft und Gutachten gegenüber Dritten: England, Deutschland, Schweiz*, Cahiers des étudiants allemands en droit à Genève, ed. por Michael WILL (n.º 7), Genève, 1994. Com carácter geral, *Les Effets du Contrat à L'Égard des Tiers, Comparaisons Franco-Belges*, sous la direction de M. FONTAINE et J. GHESTIN, Paris, 1992.

(22) A disposição fundamental é o art. 483: “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger o interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação” (n.º 1); “só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei” (n.º 2).

(23) Em algumas decisões da *Corte di Cassazione* italiana aparece referência a um “direito à integridade patrimonial”, concebido como um direito subjectivo absoluto. Mas a doutrina tem, justamente, criticado esta concepção. V. Ermanno DE FRANCISCO, *Il C. D. Diritto Soggettivo All'Integrità Patrimoniale, Tra Illecito Aquiliano e Illecito Concorrenziale*, Riv. Dir. Civ., 1988, II, 683 s., n.º 4.

se entende como violação de direitos absolutos) (24), a reparação destes danos pressupõe a infração de uma norma que possa ser qualificada como “disposição legal de protecção” (nomeadamente de carácter penal) de interesses alheios, o que as mais das vezes não sucederá.

Acresce que o dano sofrido pelo terceiro resulta do defeituoso cumprimento de um contrato em que não é parte, o que poderá igualmente causar dificuldades à aplicação das regras delituais.

9. Abuso do direito; necessidade de uma culpa qualificada. Resta o recurso ao abuso do direito. Este instituto, incluído sistematicamente na Parte Geral do Código Civil (art. 334) (25), tem também um importante relevo delitual, constituindo uma espécie de cláusula residual de ilicitude.

Mas o abuso do direito pressupõe a prática de um acto ofensivo dos “bons costumes” (26). Em boa verdade, estes devem ser entendidos não exclusivamente como dirigidos para uma ética individual, abrangendo também o sector de uma “ética de ordenação”, onde se integram os deveres fundamentais das diversas profissões, sobretudo aquelas cujo estatuto implica uma particular confiança por parte do público (exigência um curso universitário e submissão a regras rigorosas para o seu exercício).

Se, pois, o perito dá uma informação errada com violação grosseira de “regras da arte” basilares, parece poder entender-se que o acto é ofensivo dos bons costumes. E se sabia que a falsidade podia causar prejuízos a um

(24) Sobre o conceito de ilicitude, v. João de Matos ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 9ª ed., Coimbra, 1996, 548 s..

(25) “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o seu titular exceder manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim económico ou social desse direito”.

(26) Além da vertente dos bons costumes, a lei prevê duas outras (v. nota anterior). Mas a boa fé tem escassa utilidade delitual, na medida em que a sua aplicação pressupõe, como geralmente se entende, a prévia existência de uma “relação específica entre pessoas determinadas” (Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, com a col. de SOUSA RIBEIRO, SINDE MONTEIRO, ALMENO DE SÁ e BRANDÃO PROENÇA, Coimbra, 1983, 117 s.; A.MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. II, Coimbra, 1984, 1223). Quanto à vertente do fim económico ou social, só em alguns domínios, que não aquele de que nos ocupamos, poderá relevar.

terceiro, aceitando este resultado (*dolus eventualis*), poderá ser obrigado a reparar o dano (27).

Assim, será em regra de afirmar a responsabilidade quando o perito produz afirmações “às cegas” ou “no escuro”, isto é, sem proceder a qualquer verificação (28).

Por exemplo, se o avaliador aceita como boa a informação do seu parceiro negocial de que no terreno está ou será autorizada a construção de um edifício, o que não corresponde à verdade, como facilmente poderia constatar se procurasse comprovar a informação junto da competente autoridade.

Como quer que seja, esta via pressupõe sempre uma culpa particularmente qualificada. Quando o que parece adequado é antes uma responsabilidade por culpa simples.

Resultado que se nos antolha alcançável por outra via.

B.- Contratos com Eficácia de Protecção para Terceiros

10. Demarcação face ao “contrato a favor de terceiro”. Trata-se de uma figura diferente da do contrato a favor de terceiro, amplamente conhecida no direito comparado (29) e liberalmente aceita no Código Civil português (arts. 443 e s.) (30).

(27) O direito português não exige expressamente esta dupla verificação (acto contrário aos bons costumes e dolo em relação ao dano), bastando-se com a exigência de um excesso manifesto dos limites impostos pelos bons costumes. Metodologicamente, como linha de princípio, parece todavia adequado proceder a uma análise separada daqueles dois aspectos, embora a letra da lei nos deixe margem para afirmar a responsabilidade mesmo sem dolo de lesão (sobre isso, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, 545 s.).

(28) BGB-MünchKomm-MERTENS, 2ª ed., 1986, § 826, nl. 57.

(29) ZWEIGERT-KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts*, Band II: *Institutionen*, 2ª ed., Tübingen, 1984, 161 s. Para o direito espanhol, Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Patrimonial*, I, *Introducción, Teoría del Contrato*, 3ª ed., Madrid, 1993, 243 s., e Jose M. MARTIN BERNAL, *La Estipulación a Favor de Tercero*, Madrid, 1985.

(30) É a seguinte a redacção do art. 443: “1 - Por meio de contrato, pode uma das partes assumir perante outra, que tenha na promessa um interesse digno de protecção legal, a obrigação

Ali, está em causa a atribuição ao terceiro de um direito à prestação. Aqui, trata-se apenas de estender um dever de cuidado (ou “de protecção”) a um terceiro, incluindo-o no âmbito de protecção do contrato, com a consequência de que, no caso de violação deste “dever lateral”, fica o terceiro legitimado a uma pretensão indemnizatória (31), portanto credor de um “direito de prestação secundário”.

Este aspecto (construção jurídica do instituto) necessita de ser analisado com mais pormenor, o que faremos já de seguida. Anote-se entretanto que o contrato com eficácia de protecção para terceiros tem as suas raízes históricas no contrato a favor de terceiro, do qual se foi progressivamente separando.

11. Enquadramento dogmático. A correcta compreensão da figura de que curamos pressupõe o conhecimento da noção de “relação obrigacional complexa”, a qual pretende integrar num conceito unitário todos os vínculos jurídicos, de diferente natureza, que compõem a relação de obrigação (nomeadamente quando a sua fonte é um contrato), com a clara demarcação dos “deveres de prestação” (núcleo clássico) face aos “deveres laterais” ou “outros deveres de conduta” (32).

Uma vez consolidada a aceitação desta noção, sobretudo por influência da doutrina germânica (33), foi dado um novo passo em frente na teoria do direito das obrigações com a admissão de “relações obrigacionais sem deveres primários de prestação”.

de efectuar uma prestação a favor de terceiro, estranho ao negócio; diz-se promitente a parte que assume a obrigação e promissário o contraente a quem a promessa é feita. 2 - Por contrato a favor de terceiro, têm as partes ainda a possibilidade de remitir dívidas ou ceder créditos, e bem assim de constituir, modificar, transmitir ou extinguir direitos reais”. V. Adriano Paes S. VAZ SERRA, *Contratos a Favor de Terceiro, Contratos de Prestação por Terceiro*, sep. do BMJ 51, Lisboa, 1955; Diogo P. LEITE de CAMPOS, *Contrato a Favor de Terceiro*, Coimbra, 1980, e *Autonomia Contratual e Contrato a Favor de Terceiro*, Rev. Dir. Comp. Luso.-Brasileira., 1982, 92-106.

(31) Dieter MEDICUS, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 9ª ed., München, 1996, n.º 772

(32) Por todos, Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, *Allgemeiner Teil*, 14ª ed., München, 1987, págs. 6 e s. A terminologia não é uniforme. Para designar estries “outros deveres de conduta”, que se contrapõem aos “deveres de prestação”, falam alguns autores em “deveres de cuidado”, “deveres de protecção” ou “deveres acessórios”.

(33) MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, 1970, págs. 317 e s..

Exemplo claro é o da *culpa in contrahendo*. Durante a fase da formação e negociação dos contratos não existem ainda deveres de prestação (primários). No entanto, entende-se muito generalizadamente que as partes estão obrigadas a certos deveres de uma conduta leal (v.g., deveres de esclarecimento e informação, dever de não provocar uma ruptura injustificada das negociações), impostos pelo princípio da boa fé, sob pena de, se os desrespeitarem, poderem responder pelos danos causados à outra parte (34).

Havendo violação destes deveres de conduta (35), surge um dever de prestação (obrigação de indemnização), mas um dever secundário, derivado da infracção daqueles outros deveres.

Nos países onde a ilicitude não constitui requisito autónomo da responsabilidade civil (como a França), a *culpa in contrahendo* pode ser vista como uma *fattispecie* puramente delitual ou extracontratual (36). Mas naqueles outros em que o direito positivo exige este requisito, a concessão de protecção a interesses que não gozam da tutela delitual geral (por falta do preenchimento daquela exigência) obriga a conceber uma “relação especial”. Ora esta relação vem sendo construída como uma “relação obrigacional sem deveres primários de prestação”, falando-se da “relação obrigacional de negociações contratuais”.

Pois bem. A figura do “contrato com eficácia de protecção a favor de terceiro”, a ser admitida, deve igualmente ser dogmaticamente concebida como uma relação daquele tipo.

O terceiro não dispõe de um direito à prestação. Mas se admitirmos que o devedor contratual (o perito que elabora o relatório ou parecer) pode estar obrigado a um dever de cuidado ou de protecção em relação ao terceiro (a pessoa cujas decisões irão ser influenciadas por aquele relatório ou parecer), então estamos a conceber a relação entre esse devedor e o terceiro

(34) Mário Júlio ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 6ª ed., Coimbra, 1994, 243 s..

(35) “Deberes secundarios de conducta”, na terminologia de R. STIGLITZ/G. STIGLITZ, *Responsabilidad Precontractual*, Buenos Aires, 1992, 59 s..

(36) Maria Paz GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad Precontractual en el Derecho Español*, Madrid, 1991, 59 s., em esp. 71-72.

como uma “relação obrigacional sem deveres primários de prestação”, de que pode resultar um dever secundário de prestação (obrigação de reparar os prejuízos causados ao terceiro).

LARENZ fala neste contexto de «relações obrigacionais secundárias», as quais resultam disso que uma «relação obrigacional primária» se torna fundamento de deveres de conduta (deveres de protecção) face a terceiras pessoas (37).

Ponto é que a figura deva ser admitida.

12. Admissibilidade da figura. *De iure condendo*, parece justificar-se a protecção dos terceiros quando a informação (parecer, relatório, balanço *ad hoc*), embora prestada no âmbito de um contrato com um outro sujeito jurídico, era destinada a servir como base de uma decisão por parte de terceiras pessoas. Além de nesse sentido falar uma ideia de justiça material (tutela da confiança legítima), sai igualmente favorecida a segurança do comércio jurídico.

Ponto é que a posição do terceiro seja efectivamente merecedora de tutela. Toda a informação é susceptível de chegar ao conhecimento e ser utilizada por terceiros. *Words fly*, costumam referir os autores anglosaxónicos. Não todos, mas só alguns terceiros deverão ser incluídos no âmbito de protecção do contrato. Porém, isto diz já respeito às condições ou requisitos de admissibilidade, questão que será abordada *infra*. Não põe em causa o instituto, em si mesmo.

Mas se isto é assim *de iure condendo*, *quid iuris*, *de iure condito* ?

Prima facie, parece opor-se a um reconhecimento o princípio da relatividade dos contratos, expressamente consagrado no art. 406, n.º 2 (38).

(37) *Schuldrecht*, cit., § 2 I, pág. 14. As relações obrigacionais secundárias apresentam-se como uma extensão da relação obrigacional primária a terceiras pessoas.

(38) Após estabelecer, no n.º 1, que “o contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei”, o n.º 2 do art. 406 reza o seguinte: “em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei”.

Contudo, já vimos que, em excepção a esse princípio, a lei portuguesa admite muito liberalmente o contrato a favor de terceiro. E a figura de que nos estamos a ocupar representa, no fundo, um tipo mais fraco de contrato a favor de terceiro.

Se o direito permite o mais (atribuição a um terceiro do direito a uma prestação) também tem de permitir o menos (inclusão do terceiro no âmbito de protecção do contrato, embora sem lhe atribuir um direito à prestação).

No plano da autonomia privada, nada parece opor-se à celebração de contratos com (simples) eficácia de protecção para terceiros; isso resulta do princípio da livre estipulação do conteúdo dos contratos, incluindo a possibilidade de celebrar contratos atípicos. É decerto que este resultado, quando não expressamente previsto, pode ser admitido por interpretação ou integração das declarações de vontade das partes.

O problema coloca-se quando a consideração valorativa dos interesses em presença aconselhar a inclusão do terceiro no âmbito de protecção do contrato, mas não existirem elementos para afirmar ser essa a vontade real ou presumível dos contraentes.

Neste plano, é importante notar que, na hipótese de lacuna no regulamento contratual, o direito português determina a sua integração “de acordo com os princípios da boa fé”, mesmo sendo presumivelmente outra a vontade das partes. Isto é, a solução imposta pela boa fé prevalece, no caso de divergência com a vontade presumível (art. 239) (39).

E também em matéria de execução dos contratos (mais genericamente, “no cumprimento da obrigação”) as partes devem proceder segundo as regras da boa fé (40). Decerto que a lei está a pensar nas relações entre credor e devedor. Mas não estamos nós impedidos de entender que, quando a

(39) “Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por estes imposta”.

(40) Art. 762, n.º 2: “no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé”.

prestação vai directamente afectar a posição jurídica de terceiros, a boa fé pode impor igualmente que o devedor tenha em conta os interesses desses terceiros. O direito (*ius*) não se identifica com a lei (*lex*).

Ora, a “valoração objectiva dos interesses” de que falámos há pouco não significa afinal outra coisa, numa jurisprudência valorativa, senão a consideração do princípio da boa fé.

O direito positivo parece oferecer uma base sólida para que o juiz possa admitir, excepcionalmente, a produção de efeitos de certos contratos em (benefício) relação a terceiros.

O princípio da relatividade dos contratos não fica ferido de morte, porque se trata de casos contados, socialmente delimitados e tipificados, em relação aos quais existe uma particular justificação em termos de justiça material.

Não só o arrimo do princípio normativo da boa fé, positivado (*inter alia*) nos domínios da integração das declarações de vontade e da execução dos contratos (41), enquanto elemento legitimante de um aperfeiçoamento judicial do direito (no mínimo, *praeter legem*), como também a circunstância de a figura em análise ser uma espécie de filho ou irmão menor do reconhecido contrato a favor de terceiro parecem compatibilizar o instituto com o direito positivo português (42). O apego férreo à ideia da relatividade, como factor impeditivo da aceitação da figura jurídica do “contrato com eficácia de protecção para terceiros”, mais não seria do que o fruto de um positivismo tardio e retrógrado.

13. Condições ou requisitos da admissibilidade. Representando a protecção do terceiro uma excepção, torna-se necessário estabelecer as condições ou requisitos da sua admissibilidade, balanceando os interesses do

(41) No Código Civil português, entre outras disposições, a boa fé objectiva desempenha um papel de relevo em matéria de “resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias” (arts. 437 a 439); quanto à *culpa in contrahendo*, v. *supra*, n. (5).

(42) Neste sentido, MOTA PINTO, ob. cit., 425, e MENEZES CORDEIRO, ob. cit., n. (325) da pág. 624.

beneficiário com os do prestador da informação e tendo igualmente em conta as exigências de segurança e fluidez do comércio jurídico (43).

a) Destinação da prestação em relação a terceiros. Em primeiro lugar, parece de exigir o conhecimento de que a informação se destina a influenciar as decisões de pessoa diferente da do parceiro contratual.

Isso acontece em todos os casos apresentados como exemplos (*supra*, n.º 7). A firma de contabilistas, o arquitecto ou engenheiro, o perito de arte sabem que os relatórios ou pareceres que se obrigaram contratualmente a prestar foram solicitados justamente para serem apresentados a um terceiro (um eventual mutuante ou o comprador dos objectos de arte), não parecendo aliás de estabelecer distinção consoante são enviados directamente ao terceiro ou transmitidos ao parceiro negocial, que os faz então chegar àquele.

Neste quadro, o terceiro é atingido pela prestação contratual da mesma forma como normalmente o é o próprio credor, sendo este aspecto o determinante para se ultrapassar a barreira formal da relatividade (44). Fundamental deve ser a posição que o terceiro ocupa em relação à prestação, tendo presente o conteúdo e fim do contrato.

(43) No texto, preocupar-nos-emos exclusivamente com o sector da responsabilidade por informações. Deve todavia notar-se que nem todos os casos de contrato com eficácia de protecção para terceiros apresentam a mesma fisionomia. Inicialmente estava em causa a protecção de familiares ou de pessoas próximas do credor contra danos pessoais e o objectivo prosseguido era o de estender a estas pessoas certas vantagens do direito contratual face ao delitual; daí que o critério determinante fosse o das relações pessoais entre o credor e estes terceiros (a chamada "Wohl und Wehe Rechtsprechung"). Posteriormente, apareceu em cena a protecção contra danos patrimoniais, passando para primeiro plano a relação entre a prestação e a pessoa do terceiro (Dieter MARTINY, *Pflichtorientierter Drittschutz beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte - Eingrenzung uferloser Haftung*, JZ 1996, 19 s.).

Neste segundo grupo se enquadram as hipóteses em que um advogado não cumpre a obrigação de elaborar um testamento, do que resulta um prejuízo para o (intencionado) herdeiro (Werner LORENZ, *Anwaltshaftung wegen Untätigkeit bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen. Eine vergleichende Betrachtung des deutschen und des englischen Rechts*, JZ 1995, 317 s.), não fazendo aqui sentido a distinção entre incumprimento e cumprimento defeituoso (von CAEMMERER, FS Wieacker, 321 s.).

(44) Hans-Joachim MUSIELAK, *Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten*, 1974, 32 s., e *Die Haftung der Banken für falsche Kreditauskünfte - Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den vertraglichen Schutzwirkung für Dritte* -, VersR 1977, 973-979.

A eventual presença de interesses contraditórios do credor da prestação (interessado na atribuição de um valor elevado à empresa, imóvel ou objecto de arte) e do terceiro (interessado em conhecer a situação real) não nos parece constituir obstáculo à inclusão do terceiro no âmbito de protecção do contrato. Isto porque o fundamento desta inclusão não o devemos discernir na vontade hipotética das partes, o que conduziria a ficções (caminho que continua todavia a ser trilhado pela jurisprudência alemã), mas antes no próprio direito objectivo (princípio da boa fé) (45).

b) Cognoscibilidade do fim de utilização e do círculo de destinatários. A responsabilização do prestador da informação só se justifica na medida em que ele pode avaliar o risco em que incorre. No mesmo sentido falam as aludidas razões de segurança e fluidez do comércio jurídico.

Parece assim, como salienta Lord DENNING (46), de exigir também o conhecimento do tipo de negócio em causa e da pessoa ou círculo delimitado de pessoas cujas decisões irão ser influenciadas.

O primeiro ponto parece-nos pacífico. Já quanto ao segundo poderão surgir assinaláveis dificuldades de delimitação.

Entende-se normalmente não ser exigível o conhecimento individualizado do ou dos utilizadores. Mas esse círculo deve ser determinável, de acordo com o conteúdo de destinação do contrato.

Pensamos que se deve partir da ideia de um limitado fim de utilização do relatório ou parecer, sendo extremamente prudentes em aceitar a eficácia nas hipóteses em que um grande número de pessoas pode depositar confiança na informação. Por outro lado, o “conteúdo de destinação” esgota-se quando aquela atinge o círculo de pessoas inicialmente previsto. Transmissões posteriores ou um conhecimento em segunda mão, não parece justificarem uma confiança legítima.

(45) Neste sentido, Wolfgang FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 8. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1992, 181.

(46) V. o *dissenting vote* em *Candler v. Crane, Christmas & Co. Ltd.*, in *The Discipline of Law*, London, 1979, 235-236. Sobre a evolução do conceito de *duty*, B. S. MARKESINIS / S. F. DEAKIN, *Tort Law*, 3rd Ed., London, 1994, 77 s..

As dificuldades do tema podem ser ilustradas com exemplos, tirados, respectivamente, da jurisprudência americana (com abstracção do seu enquadramento técnico-jurídico) e alemã.

O juiz CARDOZO ocupou-se da matéria em duas sentenças célebres: *Glanzer v. Shepard* (1922) e *Ultramares v. Touche* (1931) (47).

Na 1ª caso, um «aferidor público» (*public weigher*) havia certificado erradamente, a pedido do vendedor, o peso de um carregamento de feijões, do que resultou ter o comprador pago um preço exagerado, que pretendia recuperar do aferidor. No 2º, uma empresa contratara uma firma de contabilistas para elaborar um relatório sobre a situação financeira. A este, juntaram uma «folha de balanço», de que fizeram 32 cópias, assinadas, para serem distribuídas pelos interessados. A *Ultramares Corporation* emprestou dinheiro, fazendo fê nas declarações dos contabilistas, erradas, por incluírem valores inexistentes, sobretudo na rubrica de «créditos cobráveis».

No primeiro caso foi afirmada a responsabilidade face ao terceiro, com base em *negligence*, e negada no 2º, pelo receio de que, no futuro, os contabilistas e outros peritos pudessem ver-se expostos a uma responsabilidade «... *in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class*» (48).

Da jurisprudência alemã, um caso em que nos parece ter sido atingido o limite admissível da extensão do âmbito de protecção pessoal, é a decisão do Tribunal Federal de 26 de Novembro de 1986 (49).

Um conselheiro fiscal enviara um «balancete» (*Zwischenbilanz*) ao seu mandante, o vendedor de uma empresa, e, por incumbência do mesmo, também ao interessado na compra da empresa, não porém directamente ao dador de crédito deste último, o banco que aparece na qualidade de autor.

(47) In G. Edward WHITE, *Tort Law in America, An Intellectual History*, New York/Oxford, 1980, 131 s..

(48) WHITE, 133. A extensão da responsabilidade que CARDOZO recusa no terreno da *negligence* (talvez com argumentos técnicos pouco convincentes, no plano da comparação com o precedente *Glanzer v. Shepard*, como WHITE demonstra nas págs. 133-136), é todavia ensaiada no terreno da *fraud*, pela via da negligência grosseira, podendo conduzir a uma «inferência» de fraude (falta de convicção da exactidão da declaração).

(49) BGH 26.11.1986, NJW 1987, 1758 s..

O BGH, aludindo embora ao «perigo de uma extensão desmedida do círculo de pessoas protegidas», inclui aí o comprador (portanto o «1º terceiro», se abstrairmos da circunstância fortuita de lhe ter sido directamente enviado o balancete) e um eventual dador de crédito do comprador. A solução pode aqui compreender-se, porque a inclusão do dador de crédito não vai aumentar o risco da operação. Ele aparece como uma espécie de «sombra», de duplicação da pessoa do “primeiro terceiro”, limite regra do círculo de protecção, pois a sua entrada em cena visa apenas possibilitar a realização prática do negócio em vista do qual o relatório fora elaborado (50).

c) Posição de independência do informante. Não basta, em nosso entender, olhar para a qualidade do dador da informação. Um profissional liberal não perde a sua independência quando actua no âmbito de um contrato de prestação de serviços. Mas se intervém numa posição de subordinação, por conta de outrem (nomeadamente, contrato de trabalho), desaparecem as razões para autonomizar a sua posição jurídica face a terceiros. A particular confiança que a actuação destes profissionais (pessoas singulares ou sociedades) suscita junto do público está ligada à independência pela qual, de acordo com as regras deontológicas, devem pautar a sua conduta.

Se não actuam nessa veste ou com essa máscara, julgamos não deverem então serem apanhados pela fina malha do “contrato com eficácia de protecção para terceiros”, o qual, nos termos gerais, apenas exige negligência simples. Já não assim se forem apanhados pela malha mais grossa da actuação dolosa contrária aos bons costumes (abuso do direito).

14. Regime jurídico. O instituto ou figura jurídica em análise possui um carácter bifronte; tem “cabeça de Jano”, como a outro propósito dizia o saudoso Mestre de Coimbra, Manuel de ANDRADE.

A génese dos deveres de conduta do obrigado reside num contrato celebrado com a pessoa que pede a informação (relação obrigacional primária). Nessa medida pode falar-se de uma autovinculação e, por este prisma, os direitos do terceiro tenderão a ser considerados como derivados.

(50) O melindre de uma delimitação de fronteiras em casos deste tipo é posto em destaque por Klaus J. HOPT, no comentário a esta decisão (*Dritthaftung für Testate*, NJW 1987, 1745-1746).

Mas os efeitos (âmbito de protecção) deste contrato vão ser estendidos, por força do direito objectivo, a um terceiro (relação obrigacional secundária). Nesta outra perspectiva, depara-se-nos uma heterovinculação e os direitos do terceiro poderão ser vistos como originários.

Dogmaticamente, vimos que o enquadramento adequado é o de uma “relação obrigacional sem deveres primários de prestação” (*supra*, n.º 11). Parece assim indicado, no desenvolvimento *praeter legem*, tomar como ponto de partida (paradigma) o tipo de aproximação operado pelo direito positivo a propósito da única relação daquele tipo expressamente regulada no Código Civil, a relação obrigacional de negociações contratuais (culpa na formação dos contratos, na terminologia do Código).

Ora, com respeito a esta, a lei (e bem !) não lhe assinala uma natureza jurídica precisa, limitando-se a regular um único aspecto do seu regime (prazo de prescrição). Prescindindo de desenvolvimentos que nos desviassem do nosso escopo, parece legítimo aceitar que ela se situa num domínio intermédio (fronteira) entre o contrato e o delito, o que permite a aplicação de regras de qualquer daqueles sectores (51). Mais do que isso, os casos de *culpa in contrahendo* são tão dissemelhantes que, porventura, a uns melhor caberão as normas contratuais ao passo que, em outros tipos de situações, serão as delituais as mais apropriadas.

Isto mesmo se deve entender com respeito à relação obrigacional de que nos estamos a ocupar. Sem esquecer, neste ensaio, que se trata de uma figura jurídica autónoma, o que implica algum desprendimento de uma perspectiva (historicista) meramente genética.

a) Prazo de prescrição. Este aspecto antolha-se-nos relativamente aproblemático. Tratando-se de uma relação jurídica do mesmo tipo da culpa na formação dos contratos, está indicada a aplicação analógica do correspondente preceito, ou seja, do prazo de prescrição delitual (três anos, art. 498), para o qual remete o n.º 2 do art. 227.

(51) V. Helmut KOZIOL, *Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich*, Juristische Blätter, ano 116, caderno 4 (Abril de 1994), 209 s..

Não se pense, contudo, que se trata de aceitar uma solução por puras razões formais ou de lógica construtiva.

O terceiro incluído no âmbito de protecção do contrato não deixa de ser um “terceiro”, um “estranho” em relação ao negócio. Num plano estritamente jurídico, a sua relação com o devedor é mais ténue do que a ligação proveniente de uma relação de negócios *hoc sensu*. Não se ajustaria a esta situação a possibilidade de o terceiro poder fazer valer os seus direitos durante um período de vinte anos (prazo ordinário de prescrição, nos termos do art. 309).

A norma cuja chamamento é sugerido ou indiciado por razões formais, ao impor um prazo curto de prescrição, parece pois a mais apropriada à situação dos interesses e respectiva valoração. Por isso, deve ser aplicada (52).

b) Ónus da prova da culpa. A dúvida consiste aqui em saber se deve ser utilizada a disposição relativa ao incumprimento das obrigações, nos termos da qual incumbe ao devedor a prova de que o incumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua (art. 799, n.º 1) ou, ao invés, a correspondente aquiliana, que faz recair sobre o lesado o ónus da prova da culpa do autor da lesão (art. 487, n.º 1).

Consideração decisiva, em nosso entender, parece ser a de que o terceiro não deve ser colocado em melhor situação do que aquela em que estaria se dispusesse de uma pretensão delitual directa. Inverter o ónus da prova, em favor do terceiro, seria, porventura, ir longe demais.

Não devemos esquecer que a necessidade do recurso a este instituto tem muito a ver com as insuficiências do direito delitual (53). Apesar de o fundamento da responsabilidade do perito fazer presa numa relação contratual, a solução delitual parece ser a que garante uma maior igualdade

(52) Cfr. António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais*, Coimbra, 1993, 144 s..

(53) Não obstante, sociológica e juridicamente, não parece correcto conceber a situação como puramente delitual. A responsabilidade do perito tem algo a ver com um “contacto negocial”, o que constitui um factor de agravamento. Neste enquadramento, v. Franz BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Springer, Wien - New York, 1996, 210-212.

com outras hipóteses de lesão. E talvez também a que melhor quadra com os dados do sistema constituído.

c) Culpa do parceiro de negócios. Grande importância prática assume a questão de saber se o perito pode opor ao terceiro as excepções derivadas da relação jurídica com o seu parceiro negocial, nomeadamente a culpa deste.

Este ponto foi discutido recentemente nos tribunais alemães, a propósito de um caso com a configuração fáctica a seguir descrita.

O vendedor de uma casa solicitou a um arquitecto um parecer sobre o respectivo valor, com a menção expressa de que o prédio se destinava à venda. Durante uma visita dos empregados do arquitecto, o filho e representante do vendedor conseguiu, arditosamente, impedir que os mesmos vistoriassem a zona do sótão. Do relatório pericial constava que o prédio se encontrava, globalmente, em boas condições de conservação. Ao pretender fazer obras de renovação, o comprador veio a tomar conhecimento de danos no sótão, devidos a humidade, de tal gravidade que o perito por si chamado manifestou a opinião de que o telhado teria de ser totalmente desmontado e construído de novo. O comprador intentou então uma acção contra o arquitecto (54).

Fundamental é termos presente que, neste caso, os interesses do vendedor e do comprador são contraditórios. O primeiro estava interessado em que do parecer constasse um valor elevado; o comprador em conhecer a situação real do prédio e respectivo valor.

Nestas condições, construir o efeito de protecção sobre a base da vontade hipotética das partes, seria problemático; já não assim se entendermos que os deveres de protecção nascem por força do direito objectivo.

Quid iuris ?

A questão não pode ser resolvida a partir da qualificação dos direitos do terceiro como derivados ou originários, o que implicaria uma inversão metodológica. Pressupõe uma prévia valoração dos interesses em jogo.

(54) BGH 10.11.1994, JZ 1995, 306, com anotação de Dieter MEDICUS.

Ora, justamente por causa da contraposição dos interesses, a protecção do terceiro só será conseguida se ele estiver em princípio ao abrigo de excepções provenientes da pessoa do seu contratante. O parecer do perito, de acordo com a sua função social, há-de oferecer ao terceiro uma base de decisão segura, com independência dos pressupostos de facto em que se baseia (55).

O terceiro deposita confiança no parecer por este ter sido elaborado por uma pessoa que goza de um estatuto de independência. E cabe no âmbito dos deveres profissionais de quem se apresenta como imparcial a protecção dos destinatários contra as tentativas do contraente imediato de ocultar circunstâncias susceptíveis de fazer baixar o valor do objecto peritado (56).

Parece assim que não deve ser admitida a invocação pelo perito do dolo do seu parceiro negocial (57).

Significa isto que não pode receber aplicação, neste tipo de situações, a disposição legal que, em matéria de contrato a favor de terceiro, permite

(55) Claus-Wilhelm CANARIS, *Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei "Gegenläufigkeit" der Interessen, Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BGH vom 10.11.94 - III ZR 50/94, JZ 1995, 441, I. 2.* Este autor, concordando com a solução do Tribunal Federal, entende que a fundamentação mais correcta deveria ir buscar-se à figura da "responsabilidade de terceiros por culpa in contrahendo", uma linha de pensamento que também em Portugal tem os seus adeptos (Manuel A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma «Terceira Via» no Direito da Responsabilidade Civil ?*, Coimbra, 1996, 95 s.), mas que talvez possa compreender-se melhor no contexto cultural alemão, onde granjeou fortes raízes o ensinamento de Kurt BALLERSTDT (*Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*, AcP 151, 1951, 501 s.). A responsabilidade faria presa não no contrato celebrado entre o perito e o seu mandante, mas no próprio contrato de compra e venda, cuja conclusão, naqueles termos, fora decisivamente influenciada pelo perito. O comprador deixa de nos aparecer como um terceiro; essa posição passa a ser ocupada pelo perito. O problema deixa de ser dogmaticamente perspectivado como o da protecção de um terceiro (o comprador), aparecendo antes como o da responsabilidade de um terceiro (o perito) por culpa in contrahendo. Esta focagem facilitaria a resolução do problemas da inoponibilidade das excepções (*op. cit.*, *passim*; v. em especial o ponto III).

(56) Em geral, SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, 533; com respeito ao caso analisado no texto, MEDICUS, *JZ cit.*, II, *in fine*.

(57) Note-se que o comprador continua a gozar contra o vendedor dos direitos que lhe assistem ao abrigo do contrato de compra e venda. Por seu turno, como o vendedor, usando de dolo, também não cumpriu os deveres resultantes do contrato com o perito, a este caberá um direito de regresso com respeito aos danos causados por esse incumprimento. Em última análise, a questão traduz-se em saber quem deve suportar o risco da insolvência do vendedor.

ao promitente opor ao terceiro “todos os meios de defesa derivados do contrato” (58) (art. 449).

A situação dos interesses é completamente diferente no nosso caso e na promessa da prestação a terceiro. Aí não se pode admitir que o promitente seja colocado em pior situação pelo facto de ter prestar a um terceiro e não à pessoa a quem a promessa é feita. No caso de contrato com eficácia de protecção para terceiros, o terceiro não tem originariamente direito a qualquer prestação, pelo que a *ratio legis* subjacente ao art. 449 perde a sua razão de ser.

Esta disposição parece pressupor um certo paralelismo de interesses entre o estipulante (pessoa a quem a promessa é feita) e o terceiro, isto é, que ambos se encontram na mesma posição.

Que isso não se verifica no contrato com eficácia de protecção para terceiros, pelo menos quando existam interesses conflitantes, resulta da circunstância de que, quando o perito omite referência a factos que implicam uma diminuição de valor, ele está a causar dano apenas ao comprador, não ao vendedor. Neste contexto, não faz sentido considerar a posição jurídica do terceiro como derivada da posição do contraente no contrato de prestação de serviços com o perito. O facto que origina prejuízo para o terceiro só pode ser fonte de lucro para o vendedor (59).

Numa palavra, o art. 449 pressupõe a promessa de uma prestação a terceiro, ao passo que aqui o terceiro apenas se pode vir a tornar credor de um direito de prestação secundário, o que implica radical modificação da estrutura dos interesses. Por esta razão, pelo menos nas hipóteses de interesses conflitantes ou contraditórios, não só o art. 449 (desaplicado) mas outras disposições que compõem o estatuto jurídico do contrato a favor de terceiro apenas com grandes cautelas poderão ser analogicamente aplicadas ao contrato com eficácia de protecção para terceiros.

(58) Cfr. para o direito espanhol Luis DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, Cap. XVI, § 3, n.º 29.

(59) MEDICUS, *JZ cit.*, III.

Nem se diga, invocando a advertência de CARDOZO, que o perito fica exposto a riscos excessivos e indeterminados de responsabilidade.

Este pode proteger-se fazendo constar do seu relatório a menção de que não lhe foi possível confirmar determinados dados ou certas informações fornecidas pelo seu mandante (60). Com isso, desaparece a base de confiança que justifica a protecção de terceiro.

Também se nas negociações surge um ponto de conflito, buscando uma das partes apoio no parecer de um perito, não deverá a outra confiar ilimitadamente no mesmo; eventualmente, justificar-se-à que ela própria busque o conselho de um especialista (61).

d) Cláusulas de limitação da responsabilidade. Já sabemos que a ideia, a florada amiúde na literatura, de que o terceiro não há-de ser colocado em melhor posição do que a própria parte contratual (62) (no contrato com o perito), ao privilegiar uma perspectiva genética, tem de ser encarada com grande circunspecção. Com pertinência, aduz FIKENTSCHER que “o dever de protecção face ao terceiro pode ser essencialmente mais forte do que face ao parceiro contratual” (63).

No entanto, não vemos justificação para que as cláusulas de limitação de responsabilidade deixem em princípio de produzir, nas relações com o terceiro, os mesmos efeitos que nas relações internas entre as partes na “relação primária”.

Todavia com uma restrição: deverão ser ineficazes na medida em que o terceiro não tenha tomado conhecimento das mesmas, se esse desconhecimento não lhe for imputável (64)

(60) Barbara GRUNEWALD, *Die Haftung des Experten für seine Expertise gegenüber Dritten*, AcP 187, 285 s., 308.

(61) CANARIS, *op. cit.*, III. 2. b).

(62) Cfr. LARENZ, *op. cit.*, 229.

(63) *Op. cit.*, § 37 VII 3.

(64) Barbara GRUNEWALD, *op. cit.*, 290.

ADENDA

No final da nossa comunicação, foi-nos colocada por um Colega de Santiago de Compostela a seguinte questão: admitindo que, no direito espanhol, é possível, nas situações analisadas, a aplicação das regras da responsabilidade delitual, conservará algum interesse o instituto do “contrato com eficácia de protecção para terceiros” ?

A nossa resposta foi a seguinte: este instituto, na perspectiva adoptada, não é puramente contratual nem puramente delitual; ele conservará interesse para o direito espanhol na medida em que existam diferenças de regime entre as duas modalidades de responsabilidade civil, possibilitando a aplicação de regras da área contratual, se essa for considerada a solução materialmente mais justa.