

CONTRATOS:

ACTUALIDADE E EVOLUÇÃO

CRISTIANO DE SOUSA BANETTI - COIMBRA - 2014

d) Tanto o beneficiário de bens como, após a alienação, os seus adquirentes podem, a todo o tempo, se nisso tiverem interesse, pedir judicialmente, através de uma acção de simples apreciação, a declaração de nulidade da cláusula em apreço (art. 286.º do Cód. Civil).

4.2. Quando as cláusulas de inalienabilidade perpétua são incluídas em actos entre vivos, apura-se que:

- a) Se o acto é a título oneroso, recorre-se ao instituto da redução — o contrato vale sem a cláusula de inalienabilidade perpétua, excepto mostrando-se que só teria sido celebrado com essa cláusula (art. 292.º do Cód. Civil);
- b) Se o acto é a título gratuito, vigora um regime misto: no caso de doação feita a pessoa singular, opera-se a sua conversão legal em fideicomisso irregular (art. 962.º do Cód. Civil); no caso de doação feita a pessoa colectiva, intrevém o regime dos actos entre vivos a título oneroso;
- c) Parece mais razoável, todavia, *de iure constituendo*, uma disciplina uniforme extensiva aos actos entre vivos a título oneroso e a título gratuito, aplicando-se o regime daqueles a estes últimos, sem distinção da qualidade do donatário.

A LIBERDADE E A JUSTIÇA CONTRATUAL NA «SOCIEDADE DE DIREITO PRIVADO»

por

CLAUS-WILHELM CANARIS

Professor da Universidade de Munique

I

Os problemas da liberdade e da justiça contratuais têm no momento presente uma actualidade particular. A razão para tal encontra-se, antes de mais, nas mudanças que se têm verificado nos Estados do antigo bloco de Leste. Nestes, progridem os esforços para dar um lugar mais amplo à liberdade contratual do que aquele que tem tido até ao momento presente, ou mesmo para introduzir a economia de mercado. Isto proporciona-nos uma ocasião para reflectir de novo sobre a velha questão de saber porque é que nós, no mundo Ocidental, apreciamos tanto a liberdade contratual, e de colocarmos, ao mesmo tempo, e uma vez mais, a questão igualmente antiga de saber se, e como, é que a liberdade contratual se compatibiliza com a justiça. É que as esperanças que nos Estados de Leste se tem relativamente à liberdade contratual, segundo todas as probabilidades, só parcialmente serão satisfeitas. E a crítica tomará, certamente, a direcção de sublinhar que a liberdade contratual conduz à injustiça social. Temos, portanto, boas razões para verificar os nossos argumentos.

Uma segunda razão é que os Estados da Comunidade Europeia aceleram o seu processo de União Europeia, cada vez mais, e a realização do Mercado Comum deve efectivar-se até ao fim de 1992.

Apesar de um grande grau de convergência, de que as ordens jurídicas desses Estados dão mostras, existem no seio da Comunidade divergências de opinião profundas quanto ao alcance da liberdade e da justiça contratual. Isto torna-se claro, de uma maneira particularmente evidente, no contexto do Projecto da Comissão da Comunidade de uma directiva sobre uma lei respeitante aos contratos de consumo. Há disposições fundamentais dessa directiva que se afastam de tal modo das concepções alemãs sobre a liberdade contratual que a sua conversão em direito alemão seria, na minha opinião, contrária à nossa Constituição. Apreciarei a questão em pormenor no fim da minha conferência.

II

É claro que também nos Estados regidos segundo o sistema comunista existe um certo grau de liberdade contratual. O que nos recorda que não se pode discutir razoavelmente os problemas da liberdade contratual e da justiça contratual de uma forma geral e abstracta, mas apenas tendo como pano de fundo uma ordem estadual e social particular.

Eis a razão por que completei o título da minha conferência com a menção «na sociedade de direito privado». Esta expressão é sobretudo utilizada por quem adere ao que se designa «Ordo-liberalismo»¹, essa escola dos economistas e juristas que forneceram os fundamentos intelectuais da economia social de mercado na República Federal da Alemanha².

1 — «*Societade de direito privado*» não é um termo preciso, mas antes a denominação de um tipo³; por conseguinte, não se pode certamente fornecer uma definição exacta, mas apenas referir as

¹ Cfr. BÖHM, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, ORDO 17 (1966) 75 e segs.

² Cfr., por ex., FIKENTSCHER, *Wirtschaftsrecht*, 1983, Band II § 20 IV 2; MÖSCHEL, *Wettbewerbspolitik aus ordoliberaler Sicht*, in: *Festschr. für Pfeiffer*, 1988, págs. 707, e segs.

³ Ver, sobre o significado do tipo na ciência jurídica, LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6 ed., 1991, págs 461 e segs.

características mais importantes. Neste contexto, assume evidentemente uma importância fundamental o facto de o direito privado não desempenhar, nesta ordem social, um papel marginal, mas antes um papel constitutivo⁴. Domínios importantes da vida jurídica e económica devem, consequentemente, ser regulamentados através de meios de direito privado.

Neste contexto, cabe ao princípio da liberdade contratual uma eminente importância. Pois é essencial para a «*societade de direito privado*», que o Estado, em princípio, não fixe aos seus cidadãos uma maneira de agir determinada e a prossecução de objectivos específicos, antes lhes permita a sua escolha, por eles próprios⁵: um dos instrumentos mais importantes para esse escopo é o da livre conclusão e livre redacção dos contratos. Em contrapartida, o Estado, na sociedade de direito privado, exige aos seus cidadãos, em princípio, que cuidem de si próprios, não se ocupa deles⁶ — diferentemente do Estado da antiga RDA, cujos cidadãos tinham o hábito de serem tutelados e que, por isso, após a unificação com a República Federal, se depararam muitas vezes com grandes dificuldades em adaptar-se à experiência de serem obrigados a tomar nas suas próprias mãos os seus negócios. Trata-se, também aqui, de um princípio fundamental do direito privado: a autodeterminação corresponde a autoresponsabilidade.

2 — No que respeita à constituição económica, a sociedade de direito privado acha-se, em todo o caso e na situação presente, ligada à *economia de mercado*⁷. Pois os homens, até agora, ainda não descobriram outra instituição, senão o mercado, que torne possível uma prossecução livre de objectivos autopropostos por um modo de agir autodeterminado. Não se pretende, com isto, evidentemente, um liberalismo do tipo *laissez faire*. O Estado deve sobretudo ocupar-se, da forma mais estrita possível, da manutenção de uma *concorrência* livre e leal, porque de outro modo a liberdade de alguns participantes no mercado conduziria, em breve, à ausência efectiva de liberdade para muitos outros.

⁴ Cfr. BÖHM, op. cit., pág. 86.

⁵ Cfr. BÖHM, op. cit., pág. 89 e 90.

⁶ Cfr. BÖHM, op. cit., pág. 89.

⁷ Cfr. BÖHM, op. cit., pág. 102.

Além disso, o Estado pode encarregar-se da satisfação de necessidades elementares e, por exemplo, atribuir aos pobres os meios que lhes são indispensáveis para garantir um mínimo necessário à sua existência.⁸ A sociedade de direito privado não está em contradição, pois, com o princípio imperativo do Estado Providência, tal como ele se acha estabelecido no art. 20.º, 1 da Constituição Alemã. Um certo grau de intervenção do Estado no processo económico é, por outro lado, compatível com uma «sociedade de direito privado», desde que se trate de excepções; se, por exemplo, apenas alguns sectores privados, como o transporte de mercadoria, são objecto de uma regulamentação pelo Estado, ou se há empresas que são subvencionadas de forma selectiva pelo Estado por razões de política social, a «sociedade de direito privado» não se acha, só por isso, posta em causa.

3 — Se collocarmos a questão da realização efectiva da «sociedade de direito privado», há desde logo que citar dois contra-exemplos como contraste instrutivo. A *sociedade feudal*, cuja abolição foi o objectivo da Revolução Francesa de 1789, não era uma sociedade de direito privado, pois ela assentava sobre privilégios e sobre uma ordem de estados sociais, ao passo que a base do direito privado é a liberdade e a igualdade jurídica de todos os cidadãos. E nos *Estados governados segundo o sistema comunista* também não existe sociedade de direito privado, pois lá reina uma estrita economia planificada, de modo que as pessoas não podem escolher livremente os seus objectivos e a sua forma de agir, antes devem realizar o que está previsto no Plano.

As condições de uma sociedade de direito privado são, em contrapartida, largamente satisfeitas, por exemplo, nos *Estados da Comunidade, na Suíça, na Suíça e nos Estados Unidos*. Von Hayek é, por conseguinte, de opinião que é a «sociedade de direito privado» que torna possível a «sociedade aberta» no sentido de Popper.⁹ Pois o pluralismo desta sociedade encontra a sua correspondência no facto de os cidadãos poderem escolher, em princípio, livremente, os seus objectivos e forma de agir.

⁸ Cfr. BÖHM, *Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat*, in: *Reden und Schriften*, 1960, págs. 82 e segs., e 139.

⁹ Cfr. VON HAYEK, *Recht, Gesetzgebung und Freiheit*, 1981, Band II, pág. 53.

III

Tendo em conta tudo isto, é possível fazer algumas afirmações mais precisas sobre o conjunto dos problemas da liberdade contratual e da justiça contratual. Apresentar-vos-ei, primeiro, três posições diferentes, representativas da discussão que tem tido lugar na Alemanha.

1 — A primeira é a de Flume. Para ele a base do princípio da autodeterminação em direito privado, cujo elemento mais importante é a liberdade contratual, consiste na frase «*Stat pro ratione voluntas*»¹⁰, o que importa, pois, é apenas a vontade das partes e não o carácter razoável do conteúdo do contrato. Em conformidade com isto, acrescenta: «*a realização pela autodeterminação (...) é impermeável a um juízo fundado no direito, a saber, se essa realização é «justa»*»¹¹. Uma posição similar é tomada por von Hayek quanto aos resultados da economia de mercado. Ele considera insensato apreciá-los segundo critérios de justiça, pois o objecto de tal juízo não poderia ser senão a forma de agir das pessoas, mas nunca um processo económico enquanto tal, onde o acaso tem uma importante influência.¹²

Estas concepções são, decerto, conclusivas nas próprias, mas a sua fraqueza torna-se imediatamente aparente se se começa a um nível mais elementar e se se coloca a questão: como é que se compatibiliza com os princípios da justiça que a ordem jurídica tolere a liberdade contratual e a economia de mercado, muito embora os resultados destas não sejam necessariamente justos e sejam, mesmo, com frequência, mais ou menos injustos?

2 — Representativos da contraposição extrema são as explicações de Zweigert e Kötz na sua obra fundamental «Introdução ao Direito Comparado». Na sua opinião, «*a liberdade contratual é, se se observar mais de perto, um castelo imaginário, uma utopia e não*

¹⁰ Cfr. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 3.ª ed., 1979, Band II § 1, 5.

¹¹ Cfr. FLUME, op. cit., § 1, 6a.

¹² Cfr. VON HAYEK, op. cit., págs. 101 e segs. e 105.

uma realidade». Porque, segundo pretendem estes autores, «sabemos hoje que a liberdade contratual tem por condição a igualdade económica e social das partes negociantes»¹³. Isso, dizem, é a razão pela qual a liberdade contratual não existe, «no fundo, senão para contratos entre grandes empresas a propósito de objectos atípicos»¹⁴. Na sua opinião, a «justiça contratual — e já não a liberdade contratual —, é, hoje em dia, em todo o mundo, o princípio material do funcionamento do direito dos contratos»¹⁵.

São palavras fortes, mas fáceis de refutar. Porque a premissa de que a desigualdade económica ou social influencia, *enquanto tal*, o conteúdo do contrato, em vantagem de um e em detrimento do outro, é, quando formulada tão genericamente e nas condições de uma economia de mercado moderna, destituída do sentido da realidade. É que, nesta sede, a concorrência, de que **Zweigert e Kötz** não dizem uma palavra, assegura, em grande medida, uma neutralização do desequilíbrio de poder. Assim, por exemplo, o «pequeno» consumidor pode, em princípio, dirigir-se a um outro vendedor, escolher uma outra mercadoria ou renunciar à conclusão do contrato, se o preço lhe parece exagerado. Assim, ele exerce indirectamente uma influência importante sobre as condições do contrato; até que ponto é que esta pode ir, é particularmente revelador nos casos em que a concorrência e o mercado forçam «grandes» empresas a vendas sem lucro e mesmo com perda. Pode inclusive afirmar-se que, muito frequentemente, é o vendedor que depende mais da conclusão do contrato do que o comprador; é que, enquanto este último tem muitas vezes outras escolhas ou pode renunciar à sua conclusão, o vendedor vê-se *forçado* a vender, porque, de outro modo, por causa dos seus custos, ele sofrerá perdas demasiado elevadas.

No que concerne, de resto, à justiça contratual, **Zweigert e Kötz** limitam-se significativamente a afirmar que a sua protecção «é uma questão difícil, cuja resposta necessitará de reflexões suplementares»¹⁶. Esta é uma fraqueza decisiva da sua posição, pois os

¹³ Cfr. **ZWIEGERT/KÖTZ**, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2.ª ed., 1984, pág. 10.

¹⁴ Cfr. **ZWIEGERT/KÖTZ**, op. cit., pág. 9.

¹⁵ Cfr. **ZWIEGERT/KÖTZ**, op. cit., págs. 7 e segs.

¹⁶ Cfr. **ZWIEGERT/KÖTZ**, op. cit., pág. 10.

defensores da liberdade contratual apreciam-na, entre outras razões, precisamente porque se sabe tão pouco sobre a justiça contratual. Voltaremos a este ponto, com mais detalhe, adiante.

3 — A terceira e mais famosa concepção é a doutrina de **Schmidt-Rimpler**. Segundo ele, é imamente ao mecanismo do contrato uma certa garantia da justiça dos efeitos jurídicos acordados, porque, em regra, uma vontade injusta de uma parte é corrigida pela resistência da outra¹⁷. **Schmidt-Rimpler** entende justiça, neste contexto, tanto no sentido de justiça nas relações entre as partes, como no sentido de concordância com os objectivos do bem comum¹⁸. Trata-se de uma teoria «*procedimental*» da justiça, porque a justiça deve ser garantida «*pele procedimento*», a saber, pelo mecanismo de conclusão do contrato.

Pode criticar-se a sua tese observando que esta concepção se orienta em demasia em função do contrato negociado — por exemplo, a aquisição de uma casa ou de uma empresa — e que não se adapta aos contratos standardizados, que são usuais numa economia de mercado para a maior parte das mercadorias. Poder-se-ia, é certo, tentar completar a concepção de **Schmidt-Rimpler** neste ponto incorporando nela a ideia de concorrência¹⁹, mas em tal caso deveria fazer-se a afirmação audaciosa de que a concorrência oferece igualmente uma garantia para a justiça dos resultados que provoca. Mais sério ainda é o argumento de que **Schmidt-Rimpler** não quer tomar em consideração a liberdade pessoal fora, ou para além, da justiça contratual, que ele parece mesmo dar uma certa preferência a esta última, em relação à primeira, e que recusa, por conseguinte, explicitamente, o princípio da autodeterminação como base da liberdade contratual²⁰. Enfim, não é convincente que **Schmidt-Rimpler** se refira sempre, *positivamente*, à garantia da justiça, em vez de se contentar, *negativamente*, com a simples conse-

¹⁷ Cfr. **SCHMIDT/RIMPLER**, AcP 147 (1941), págs. 152 e segs.

¹⁸ Cfr. **SCHMIDT/RIMPLER**, op. cit., págs. 132 e segs.

¹⁹ Cfr. **SCHMIDT/RIMPLER**, *Zum Vertragsproblem*, in: *Festschr. für Raiser*, 1974, págs. 14 e segs. e 25.

²⁰ Cfr. **SCHMIDT/RIMPLER**, in *Festschr. für Raiser*, 1974, págs. 17 e segs.

quência de que uma (grave) injustiça tenha sido evitada. A avaliação é por isso mesmo, na minha opinião, de inverter em alguns aspectos. Entrarei, agora, nos detalhes.

IV

Se se quer responder à questão da razão da legitimação da liberdade contratual, é preciso ter sempre em conta que, no fundo, só existe uma alternativa: a elaboração dos negócios jurídicos pelo Estado, através dos meios do poder público. Portanto, só em comparação com esta alternativa é que se pode dar um testemunho razoável sobre a validade ou a futilidade da liberdade contratual.

1 — Sob este aspecto, é evidente que a liberdade contratual é apropriada, numa medida particular, a servir ao *livre desenvolvimento das pessoas*, pois se os cidadãos podem regular os seus negócios jurídicos, em princípio, entre eles e de pleno acordo, gozam a este respeito, em regra, de muito mais liberdade do que se o Estado lhes impusesse a forma de agir nas suas relações mútuas.

Além disso, existe uma *relação particularmente estreita entre o princípio da liberdade contratual e o princípio da democracia*²¹. O que resulta, desde logo, do facto de que as duas se baseiam nos mesmos valores fundamentais: a liberdade e a igualdade. A relação com a liberdade de opinião e a liberdade política e religiosa tem também um carácter elementar, pois ela é respeitada pela liberdade contratual numa medida particular, uma vez que assenta, como já se disse, sobre o facto de que, em princípio, a livre escolha dos objectivos e formas de agir é deixada aos cidadãos (Cfr. supra II.1). A relação com o princípio da democracia vale, em particular, também para a instituição da *economia de concorrência*. Isto porque a mesma se assemelha a um plebiscito contínuo²², já que os cidadãos participam, pelas suas decisões, no mercado, contribuindo, jurídica e efec-

²¹ Cfr. por ex. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., 1960, pág. 285; BÖHM, *Demokratie und ökonomische Macht*, in: *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, 1961, pág. 14; CANARIS, *JZ* 1987, pág. 994 e seg.

²² Cfr. BÖHM, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, 1951, pág. 51 e ORDO 17 (1966) 92 e seg.

tivamente, para a composição da vida económica e influenciando as suas condições. A isto acresce que se trata aqui, de novo, do exercício da liberdade de opinião, uma vez que os participantes no mercado exprimem, através das suas decisões, as suas preferências pessoais (na medida em que não se trata da satisfação de necessidades elementares): Pode, assim, caracterizar-se as actividades no mercado como um «*diálogo sobre os valores económicos*»²³.

Além disso existe também uma estreita *relação com a ideia da separação de poderes e com o princípio da subsidiariedade*, já que a liberdade contratual impede largamente a concentração do poder público no domínio da economia, colocando a competência para as decisões económicas, numa ampla medida, nas mãos dos próprios cidadãos. Ela tem em conta o princípio da subsidiariedade, o qual desempenha, como se sabe, um papel importante na doutrina social católica, deixando a regulamentação jurídica às pessoas directamente afectadas e materialmente mais próximas da mesma. Além disso, o poder privado é também neutralizado numa grande medida, se a concorrência funciona. Não foi sem razão que ela foi designada «*o instrumento de diminuição de poder mais magnífico e mais genial da história*»²⁴.

A tudo isto acresce, finalmente, a importante *eficácia económica* da liberdade contratual e da economia de concorrência, cuja superioridade, em relação à economia colectivista planificada, se fez sentir no passado mais recente a muitas pessoas. Mas não se deveria ver nela a razão primária da legitimação. A liberdade contratual e a economia de concorrência mereceriam, por causa do seu carácter criador e preservador da liberdade, a preferência em relação à economia colectivista planificada mesmo que esta última tivesse uma eficácia semelhante ou até um pouco mais elevada. Decisivo é, portanto, na minha opinião, um ponto de vista orientado em função da ética do direito, ao passo que o ponto de vista utilitarista tem, tão só, um significado suplementar e apenas justifica uma intervenção correctora quando se assiste a desenvolvimentos patente-

²³ Cfr. FIKENTSCHER, *Wirtschaftsrecht*, 1983, Band I § 1, I § 11.

²⁴ Cfr. BÖHM, *Demokratie und ökonomische Macht* (nota 21), pág. 22; ver ainda, por ex., RAWLS, *A Theory of Justice*, 1971, pág. 272; VON HAYEK, op. cit., págs. 62 e segs., 66 e segs.

mente erróneos. A posição dos aderentes do Ordo-liberalismo é similar²⁵.

2 — É ainda necessário, na verdade, como já disse, colocar a questão adicional de saber como é que a liberdade contratual e a economia de mercado correspondem à justiça (Cfr. Supra III. 1). Considero muito importante formular esta questão de uma forma negativa²⁶. Não deverá, por conseguinte, exigir-se que os resultados «justos» estejam assegurados, mas contentar-se com a consequência de que as injustiças graves sejam evitadas. Há fundamentalmente quatro razões que militam a favor deste entendimento. A primeira é a de que a liberdade é em si mesma um grande valor, sendo incompative com isto não admitir em princípio os resultados da liberdade contratual enquanto tais, mas fazer depender a sua admissão, além disso, de critérios de justiça. Acresce que nós sabemos muito pouco sobre a justiça contratual, particularmente no domínio da obrigação de prestação principal e de outras *essentiaia negotii*; um testemunho significativo do que acaba de dizer-se é que durante séculos se discutiu, sem resultado, sobre o preço justo («*iustum pretium*»). Mas mesmo se soubermos ou acreditarmos saber o que é justo, não decorre daqui sem mais a justificação de impor as consequências desta opinião às outras pessoas através de um constrangimento público; o respeito pela sua dignidade e pela sua liberdade enquanto pessoa exige, antes, que se reconheça largamente a existência de concepções divergentes da justiça. Esta terceira razão, que infelizmente é muitas vezes ignorada, mantém-se de pé, mesmo que não se seja tão céptico como eu, quanto à afirmação das possibilidades de conhecimento do que é justo. Em estreita relação com esta terceira razão, está, enfim, a quarta, a de que em regra apenas uma fórmula negativa das questões da justiça se harmoniza com o pluralismo, fundamento da democracia ocidental, da sociedade aberta e da «*sociedade de direito privado*»; isto porque é, com efeito, essencial para este sistema de Estado e de sociedade que as formas de agir «justas» não sejam, em princípio, impostas aos cidadãos, mas que apenas certos actos sejam interditos como insuportáveis.

²⁵ Cfr. por ex. MÖSCHEL, op. cit. (nota 2), págs. 712 e segs e 716.

²⁶ Cfr. também VON HAYEK, op. cit. (nota 8), págs. 62 e segs e 66.

Neste contexto, pode tornar-se produtiva a doutrina já mencionada do mecanismo do contrato. Uma vez que a condição de que as duas partes devem estar de acordo sobre o conteúdo do contrato ofenece, com efeito, uma certa garantia de que o resultado não é contrário de forma patente, crassa, às exigências da justiça. Esta é, evidentemente, uma fórmula mais modesta e contida do que a de Schmidt-Rimpler.

Se se analisarem, aliás, mais atentamente, os critérios por que se orientam os juízos sobre a justiça, podem diferenciar-se, em princípio, quatro categorias. Em primeiro lugar, assinala-se a exigência de proteger e administrar os bens adquiridos. Este princípio é garantido pela liberdade contratual quase de uma forma óptima, pois ela protege o titular de um direito contra o perigo de ser privado dele contra a sua vontade, ao passo que ele está exposto a esse perigo, de modo quase constante, numa economia colectivista planificada.

Não existem também contradições com a *justiça de esforço e de resultado (performance)*. É verdade que o acaso desempenha um papel importante na economia de mercado²⁷, de tal sorte que alguém pode, por pura sorte, ganhar muito dinheiro e que o trabalho efectuado por outra pessoa pode perder o seu valor por azar ou pelo desenvolvimento económico; muitos foram os que faliram sem o terem merecido, muitos adquiriram um *savoir-faire* profissional que subitamente deixou de ser útil em virtude do progresso técnico e muitos fenómenos similares ocorreram. Mas, por outro lado, não há dúvida de que o mercado e a concorrência recompensam a diligência, o espírito de iniciativa, a riqueza de ideias, etc., através de um benefício acrescido.

Não que respeita, em seguida, à *aspiração de satisfazer as necessidades humanas*, a liberdade contratual também a tem em conta, conjuntamente com o mercado e a concorrência. Em primeiro lugar porque, graças a elas, consegue-se que as mercadorias sejam produzidas e oferecidas e não apenas retidas, e depois porque têm tendência a produzir uma melhoria dos produtos e uma optimização dos preços e, finalmente, porque em princípio deixam aos próprios consumidores a definição das suas necessidades e a decisão sobre a respectiva satisfação.

²⁷ Como acentuava, com razão, VON HAYEK (op. cit., nota 9), Band II, pág. 137.

Em quarto lugar, deve também referir-se a *justiça de oportunidades*. Em que medida é que ela é favorecida pela liberdade contratual mostra-nos, de forma dramática, o contraste entre uma «*sociedade de direito privado*», por um lado, e uma sociedade feudal, com os seus privilégios hereditários e de estados, ou então uma sociedade totalitária, com os seus privilégios de convicção e de relação do outro. Sem dúvida que subsistem ainda, também na «*sociedade de direito privado*», diferenças importantes de oportunidades, mas o princípio da concorrência consegue que elas sejam, apesar de tudo, parcialmente niveladas ou neutralizadas²⁸.

3 — Em todo o caso, torna-se evidente que a «*sociedade de direito privado*» é, e deve ser, acompanhada por múltiplas intervenções do Estado. Assim, o Estado efectua, por exemplo, através da política social, uma melhoria na satisfação das necessidades, pela política da educação, uma melhoria na justiça de oportunidades, mas trata-se aí de um outro tema.

No que respeita ao conjunto dos problemas da liberdade contratual e da justiça contratual, que estamos aqui a analisar, pode dizer-se, em suma, que a liberdade contratual é protegida por causa da liberdade e não por causa da justiça. A ordem jurídica é certo, não deve admitir a liberdade contratual sem colocar a questão da justiça. Um sistema que se funda na liberdade contratual e na concorrência contém, contudo, segundo a sua própria estrutura, tantos entraves efectivos contra os resultados gravemente injustos, que a sua admissão jurídica não oferece, de um ponto de vista de justiça, em princípio, qualquer dificuldade.

V

Acabo de dizer em princípio. Com esta expressão quero significar que a ordem jurídica deve, também no domínio do direito privado, tomar medidas suplementares para corresponder ao princípio imperativo da justiça. Acresce que, até este momento, não falei

²⁸ RAWLS, op. cit. (nota 24), pág. 272, acentua expressamente que um sistema de mercado é compatível com a justiça de oportunidades («fair equality of opportunity»).

da liberdade senão num sentido muito vago e não diferenciei entre liberdade jurídica e liberdade efectiva. A liberdade contratual é, em si mesma, apenas uma liberdade jurídica, mas esta última, no fundo, não é senão um meio para a realização da liberdade efectiva. A este propósito pode constatar-se uma relação tensa e precária: por um lado, a liberdade jurídica é uma condição mínima para o exercício da liberdade efectiva e não deve, por esta razão, ser em nenhum caso subestimada na sua importância; mas, por outro lado, a liberdade jurídica pode facilmente transformar-se na imposição de uma parte e na ausência da liberdade da outra parte. Impedi-lo é um problema fundamental do direito dos contratos. Todavia, a ordem jurídica deve sempre conformar-se, em certa medida, com a ausência de liberdade efectiva, porque, desde logo, a liberdade efectiva total de todos os cidadãos é uma utopia e, além disso, a liberdade jurídica não deve ser desmesuradamente limitada a fim de proteger a liberdade efectiva, porque, de outro modo, acabar-se-ia necessariamente por prejudicar também gravemente esta última.

1 — Entre os instrumentos de que o direito dispõe para atingir estes objectivos já mencionei, várias vezes, a *concorrência*. A sua liberdade e a sua lealdade devem, por esse facto, ser protegidas pela lei — mesmo se, bem entendido, esta protecção não é uma protecção para cada conclusão particular de um contrato, mas uma protecção institucional, portanto de forma geral e abstrata²⁹. Um outro instrumento que assume uma importância fundamental é a admissão legal dos *sindicatos* e das *convenções colectivas de trabalho*: através destes, a liberdade contratual, de que o trabalhador subordinado frequentemente não pode gozar de forma adequada, por força da grave restrição da sua liberdade efectiva de decisão, é reestabelecida de qualquer modo ao nível do colectivo, pelo princípio do contra-poder («*countervailing power*»).

2 — A essas garantias institucionais acrescem garantias individuais, que se aplicam à conclusão particular do contrato. Menciono,

²⁹ Cfr. por ex. RITTNER, *Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb*, AcP 188 (1968) 101 e segs., 126 e segs.

apenas de passagem, o conjunto dos problemas sobejamente conhecidos contra os vícios do consentimento, como a coacção, o dolo, o erro, a usura, etc.

3 — Um importante passo em frente é representado pelas *obrigações de informação e pelo direito de arrependimento* conferido pela lei. O exemplo modelo é a situação jurídica que respeita ao crédito ao consumo. Em virtude de uma directiva da Comunidade, as entidades comerciais que concedem crédito devem, como se sabe, indicar o juro efectivo. Isto melhora substancialmente a liberdade efectiva de decisão do tomador do crédito, porque torna notório os custos efectivos do crédito, e serve, ao mesmo tempo, os interesses da concorrência, porque apenas a indicação do juro efectivo torna possível, para o tomador do crédito, uma comparação com as ofertas de outros prestadores de crédito. O legislador alemão, indo além do que exigia a directiva comunitária, concedeu ao tomador do crédito um direito suplementar ao livre arrependimento do contrato, num determinado prazo. Desta forma, ele obtém o tempo necessário para compreender a informação, estabelecer comparações com outras ofertas e reflectir a sua decisão respeitante ao empréstimo.

Podemos caracterizar-se uma regulamentação similar como um *modelo de informação*, porque a liberdade de decisão é enriquecida com o acréscimo de conhecimentos sobre as circunstâncias significativas para o contrato. Não concebo esta situação como uma verdadeira restrição da liberdade contratual. A ordem jurídica impõe aqui, antes, certas condições para o exercício da liberdade.

4 — Trata-se, inversamente, em regra, de um atentado à liberdade contratual quando a ordem jurídica influencia o conteúdo de um contrato pelo estabelecimento de uma *norma imperativa*. Para tal, pode utilizar-se o termo *modelo de restrição do conteúdo*. Um exemplo é a protecção legal contra as cláusulas contratuais gerais abusivas. Esta protecção é, de acordo com o que me foi possível constatar, regulamentada em Portugal de forma semelhante ao que se passa na Alemanha. Limito-me, portanto, a referir as razões mais importantes que exigem aqui uma restrição à liberdade contratual. A primeira razão é que uma parte impõe de forma unilateral as condições do contrato e a outra parte, em regra, não tem uma oportuni-

dade efectiva de influenciar o seu conteúdo. Por causa disto, o mecanismo da conclusão do contrato, que normalmente oferece uma certa protecção contra injustiças graves, fracassa neste contexto. Acresce que também a concorrência não remedeia o problema porque os clientes não tomam, com frequência, conhecimento do conteúdo do contrato, nem podem, na prática, ter esse conhecimento, pelo que a sua decisão não fica dependente de um tal conhecimento e, por conseguinte, a concorrência não vale a pena para as empresas. Em terceiro lugar, as cláusulas contratuais gerais não têm, em princípio, por objecto a composição directa da prestação e da contraprestação, mas contêm, antes, regulamentações acessórias e suplementares; tomar em conta estas regulamentações é, todavia, uma tarefa principal do direito objectivo, mesmo se este é em regra dispositivo, o que permite, portanto, às partes uma modificação.

Expliquei tudo isto de forma tão detalhada porque a Comissão Europeia apresentou um projecto de uma directiva sobre uma lei respeitante a contratos de consumo³⁰ que é completamente incompatível com estes critérios. Muito embora a Comissão invoque, na enunciação dos motivos, apenas a necessidade de proteger os consumidores contra os perigos das condições gerais dos contratos, dos contratos standardizados, etc., o conteúdo da regulamentação proposta ultrapassa largamente esta intenção, sem que disso se dê a menor justificação. Antes de mais, a directiva [o projecto], que contém um catálogo de cláusulas proibidas extremamente estrito e rígido, compreende também os contratos individualmente negociados. Não há razão suficiente para este atentado à liberdade contratual porque uma parte, mesmo que seja um consumidor, pode, em princípio, proteger-se a si próprio se negocia o conteúdo do contrato em detalhe.

Depois, a directiva contém uma regra segundo a qual uma *cláusula contratual é abusiva* (...) *quando cria, em detrimento do consumidor, um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações das partes decorrentes do contrato*. Uma vez que o que aqui é relevante é o próprio desequilíbrio em si mesmo, e não também as condições subjectivas da pessoa da contraparte, como por exemplo a

³⁰ Cfr. KOM (90) 322 endg.-SYN 285, ABL.EG 1990, C 243/2.

exploração de uma situação desesperada ou de inexperiência, esta cláusula poderia permitir aos tribunais intervir posteriormente na relação preço/mercadoria, o que vai de forma crassa contra o princípio segundo o qual a formação dos preços se deve produzir através do mercado e da concorrência.

Particularmente perigosa afigura-se-me, em terceiro lugar, a consagração de que «*uma cláusula contratual é abusiva (...) quando gera uma execução do contrato indevidamente desfavorável ao consumidor*». Trata-se de uma afirmação tão vaga e que exige tão pouco do «*indevidamente desfavorável*» que por este meio o princípio da força vinculativa do contrato (*pacta sunt servanda*) poderia ser derrotado em larga medida.

Em todos estes três pontos, o projecto da directiva é, na minha opinião, incompatível com a Constituição Alemã. Isto, porque a mesma protege a liberdade contratual³¹ e não permite ofensas a esta senão nos limites do princípio da proporcionalidade³². Estes limites são aqui violados, uma vez que não se manifesta uma razão judiciosa para uma protecção de um alcance tão amplo do consumidor, sendo, além disso, os seus interesses favorecidos de uma forma inteiramente parcial em relação aos interesses da outra parte.

O Tribunal Constitucional alemão não quer, decerto, exercer a sua jurisdição sobre a constitucionalidade do direito comunitário derivado — portanto, já não sobre uma lei alemã que transforma uma directiva da Comunidade — enquanto a Comunidade e sobretudo o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias garantirem em geral uma protecção dos direitos fundamentais equivalente à da Constituição alemã³³. Esta condição deixaria, contudo, de estar satisfeita se o projecto da Comissão fosse adoptado pelo Conselho da Comunidade na sua forma actual e se a directiva fosse em seguida aprovada como conforme ao direito pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Pois, neste caso, a protecção da liberdade contratual seria esvaziada da sua substância, não apenas pontualmente num problema de menor importância, mas num sector muito

³¹ Cfr. por ex., BVerfGE 70, 115, 123; 72, 155, 170.

³² Cfr. CANARIS, JZ 1987, 995.

³³ Cfr. BVerfGE 73, 339, 387.

importante da vida económica — a saber, o dos negócios com os consumidores — numa medida que parece insuportável para o pensamento jurídico alemão hodierno. O Conselho Federal — que exerce na Alemanha sensivelmente a função de uma segunda Câmara do legislativo — já rejeitou de maneira severa o projecto da Comissão e negou à Comunidade competência para um atentado com um alcance tão grande à ordem jurídica privada dos Estados membros³⁴.

Também eu sou de opinião que a Comunidade ultrapassaria as suas competências com a adopção deste projecto, mas não entrarei em pormenores; trata-se de um problema que concerne especificamente ao direito europeu e que ultrapassa o meu tema. Gostaria, para terminar, de voltar à questão da justiça contratual. É que na base do projecto da Comissão encontra-se uma concepção, não apenas a propósito da liberdade, mas também a propósito da justiça contratual, muito pouco habitual e que deve ser criticada. Desde Aristóteles diferencia-se, como se sabe, entre a justiça comutativa e a justiça distributiva. Corresponde a uma opinião tradicional a afirmação de que o direito dos contratos é um domínio da justiça comutativa. Nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha há, contudo, vozes que querem colocar o direito dos contratos ao serviço da justiça distributiva³⁵. Também o projecto da Comissão é, aparentemente, influenciado por essa tendência. E isto porque se os tribunais devem intervir posteriormente nos contratos, apenas porque na sua opinião existe um importante desequilíbrio entre o preço e a mercadoria, eles podem redistribuir os bens a partir das empresas em benefício dos consumidores. É também típico de um pensamento distributivo que um consumidor deva ser isento da obrigação de executar o contrato se este é para ele «*indevidamente desfavorável*».

John Rawls declarou-se a favor de uma posição segundo a qual se exige o respeito da justiça distributiva apenas quanto à estrutura de base da ordem jurídica («*basic structure*»), mas já não quanto a

³⁴ Cfr. BR-Drucksache 611/90 de 1.3.1991.

³⁵ Cfr. por ex., KRONMAN, *Contract Law and Distributive Justice*, Yale Law Journal 89 (1980) 472 e segs; CAMPBELL, *Justice and the Law of Contract*, *Rechtstheorie Beiheft Nr. 11*, 1991, págs. 209 e segs.

cada transacção particular entre os indivíduos³⁶. Tem razão, em primeiro lugar, porque as consequências distributivas de uma tal transacção não são, frequentemente, apreensíveis, de todo em todo, pelo juiz, e, depois, porque a segurança da contratação seria gravemente atingida se os contratos pudessem ser declarados extintos pela jurisdição em virtude de uma contravenção de princípios distributivos. Anthony Kronman, um aderente da função distributiva, replicou que este argumento repousava sobre uma confusão entre a decisão do caso particular e a criação da regra que lhe subjaz; na sua opinião, apenas esta última deveria ter uma função distributiva³⁷.

O projecto da Comissão Europeia demonstra, contudo, de forma dramática, com que dilema se é aqui confrontado. É que a regra que foi formulada pela Comissão contém elementos tão vagos, como «*desequilíbrio significativo*» e «*indevidamente desfavorável*», que a decisão acaba por se encontrar nas mãos do juiz. A única alternativa seria incorporar na regra critérios firmes, em particular, numéricos, o que Kronman parece de facto preconizar. Desta forma, torna-se contudo manifesto o resultado a que conduz uma função distributiva do direito do contrato: para fora da economia de mercado e da «*sociedade de direito privado*» e para uma economia colectivista planificada. Torna-se, assim, evidente, espero, que a reflexão sobre a liberdade contratual e a justiça contratual não tem apenas um interesse teórico, mas pode ter consequências práticas tangíveis.

³⁶ Cfr. RAWLS, op. cit. (nota 28), pág. 87 e seg.; *Idem*, The Basic Structure as Subject in: Goldman und Kim (Hrsg.) Values and Morals, 1978, pág. 54 e seg. e 65 e seg.

³⁷ Cfr. KRONMAN, op. cit. (nota 35), pág. 501.

REGULATORY ADJUDICATION OF CONTRACTS: THE CASE OF POWER PURCHASE CONTRACTS BETWEEN ELECTRIC UTILITIES AND QUALIFYING FACILITIES

by

ARTURO GÁNDARA

School of Law

University of California, Davis

I. INTRODUCTION

This article is an inquiry into the appropriate forum for adjudication of a particular class of private contract¹ disputes contracts between private regulated utilities and private unregulated generators of electricity. It is normally the case that such private contract disputes present questions of common law which are adjudicated

¹ This article focuses on contracts between privately-owned electric power utilities and privately-owned non-utility power generators. Privately-owned electric power utilities, usually referred to as investor-owned utilities (IOUs) are financed by their shareholders and organized as corporations or holding companies. The privately-owned non-utility power generators, usually referred to as QFs, for reasons addressed in Section II of this article, are generally financed by private parties in their personal or corporate capacity and usually organized into limited partnerships for purposes of project financing, management, and ownership. The investor-owned utilities are

before the courts of the state² or, if diversity, is present by federal courts applying the common law of the state of the appropriate jurisdiction³. A complicating factor, however, is introduced when, as is the case at issue, the private contracts result from a congressional act which may obligate one of the parties to enter into the contract and when that act also obligates agencies of the various states to implement the congressional will — in accordance with rules to be developed by a federal agency⁴.

Nevertheless, the author contends that many of the states regulatory agencies have exceeded the authority delegated to them by adjudicating common law private contract disputes. This article reviews in turn (1) the judicial review provisions of PURPA and the intent of the FERC Enforcement Policy Statement that direct such adjudications to state courts; (2) Article III constitutional principles

subject to rate-of-return regulation by a state regulatory authority, usually a public utility commission or a public service commission. The QFs are exempt from such regulation.

Approximately 250 investor-owned electric utilities supply 80% of the electricity needs of the United States; see J. Tomain et al., *Energy Law and Policy*, Chapter 10, Electricity, Anderson Press, 1989 and P. Joskow and R. Schmalensee, *Markets for Power*, Chapter 2, Current Industry Structure and Regulation, MIT Press, 1983. For information on regulation of their rate-of-return see: J. Bonbright et al., *Principles of Public Utility Rates*, Public Utilities Reports, Inc., 1988; and E. Zajac, *Fairness or Efficiency: An Introduction to Public Utility Pricing*, Ballinger Publishing Co., 1978.

On the other side of this contractual transaction are approximately 4400 non-utility power generators, see S. Ferrey, *Law of Independent Power*, Chapter 3, The Market, Economics, Tax Aspects, and Development Strategy, Clark Boardman Co., Ltd., 1990.

² «In the creation of the of contracts the courts have played a decisive role both here and in England. Our federal system of government granted almost complete control over private law to the states. Since their legislatures failed to play a major role in developing a body of private law, the job remained for the courts. However powerful the forces toward uniformity, the ideal of a 'general law' (of contracts) was never fully realized; and each jurisdiction remained free to develop its own case laws. F. Kessler and G. Gilmore, *Contracts: Cases and Materials*, Second Little, Brown and Co. (1970). See also, K. Llewellyn, *Our Case Law of Contract: Offer and Acceptance*, 1, 48 Yale L. J. 1-9 (1938).

³ *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U. S. 64 (1938).

⁴ Public Utility Regulatory and Policies Act, Pub. L. No. 95-617, Sec. 210, 92 Stat. 3134 (1978).

and their application to the case of adjudication of QF contracts by federal and state agencies; and (3) a remedy based argument against the balancing of a historically consistent expression of an Article III value for adjudications by Article III type courts for contract disputes.

II. THE PUBLIC UTILITY REGULATORY POLICIES ACT OF 1978

On April 18 of 1977, shortly after his election his as President of the United States, Jimmy Carter spoke to the nation regarding the «energy crisis» that had developed subsequent to the oil embargo of 1973⁵. He said that failure to act soon would transform the energy crisis to an «...economic, social, and political crisis that will threaten our free institutions.»⁶ President Carter told the nation that the effort necessary to prevent this would require «the moral equivalent of war.»⁷

Congress was enlisted in this effort and the Carter presidential years, brief as they were, resulted in significant legislative intervention in the economy directed at various aspects of the «energy crisis.»⁸ Some of the legislation has been repealed, some has expired, much has been significantly amended. The public Utility and

⁵ President's Address to the Nation, 11 WEEKLY COMP. PRES. DOC. 560 (April 18, 1977).

⁶ See id. at 562.

⁷ See id. at 561.

⁸ President Carter centralized energy policy making by creating a Cabinet Level department of Energy Reorganization Act of 1977, Pub. L. No. 95-91. The National Energy Act of 1978 was comprised of five major pieces of legislation — the Public Utilities Regulatory and Policies Act, Pub. L. No. 95-617; The Energy Tax Act, Pub. L. No. 95-618; the National Energy Conservation Policy Act, Pub. L. No. 95-619; the Powerplant and Industrial Fuel Use Act, Pub. L. No. 95-620; and the Natural Gas Policy Act, Pub. L. No. 95-623; the Wind Energy System Act of 1980, Pub. L. No. 96-223; the Defense Production Act Amendments, Pub. L. No. 96-223; the Wind Energy System Act of 1980, Pub. L. No. 96-294; the Solar Energy and Energy Conservation Act, Pub. L. No. 96-294; the Solar Energy and Energy Conservation Act, Pub. L. No. 96-294; the Geothermal Energy Act, Pub. L. No. 96-294; and the Acid Precipitation Act, Pub. L. No. 96-294.