

ALTERAÇÃO ANORMAL DAS CIRCUNSTÂNCIAS. O JOGO ENTRE O JUSTO POSTO E O JUSTO NATURAL.
TEORIA DA BASE DO NEGÓCIO JURÍDICO

GUIDO ALPA (Il contratto in generale, págs. 2 e 3).

Para Atiyah, os fundamentos do vínculo contratual estaria baseado em três princípios: a **autonomia**, a **correspetividade** e a **confiança**.

- No seu desenvolvimento histórico, a concepção do contrato mostra **um percurso ondulatório**, passando de uma visão objetiva a uma visão subjetiva (o encontro da vontade dos Pandectistas) e então novamente a uma visão objetiva, na qual a estandardização e a relevância do comportamento relevado ao exterior, independentemente da vontade dos sujeitos, são instrumentos das operações econômicas. É a análise econômica do direito a orientar os legisladores e os juízes. São diversas, portanto, as razões que tornam vinculante a *promessa* (é evidente aqui a concepção típica da *common law* inglesa e norte-americana do contrato como promessa aceita mais do que como o encontro das vontades das partes). A observância da palavra dada e a boa-fé, a confiança suscitada, o papel econômico jugado pelos atores da operação são os fundamentos do contrato.

Pág. 3 – Arthur Von Mehren (Enciclopedia of Comparative Law – fev. 1980) distingue a justiça “**procedimental**” da justiça “**substancial**”. A primeira, que afronta ainda hoje de modo direto o problema nas questões de *civil law*, se ocupa da formação do vínculo e das suas características, analisando as problemáticas do erro, da violência e do dolo, enquanto a segunda investe a relação entre a prestação e o equilíbrio contratual. Neste segundo sentido a passagem de uma sociedade liberal a uma sociedade atenta às questões sociais das operações econômicas é fundamental. E é fundamental entender que a justiça procedimental se confunde na sociedade liberal com aquela substancial, sendo suficiente para o ordenamento jurídico verificar se o vínculo foi formado sem alterações ou vícios. (...) É realmente este o problema que permanece aberto: “como redistribuir os lucros do comércio?” Nesta perspectiva von Mehren vê a coincidência dos sistemas de controle das operações econômicas expressas nos diversos ordenamentos com fórmulas próprias. Se pensa na *unconscionability* norte-americana, na *lésion* francesa, na pressuposição alemã.

- O Justo Posto e o Justo Natural

- **Justiça** é a retribuição equivalente ao que foi dado ou feito (Goffredo).

- vincula-se à ideia de alteridade.

- O “equivalente”, contudo, não se refere a uma igualdade qualquer. Significa, sim, uma igualdade de *valores*. O equivalente é algo que tem valor igual ou proporcional ao valor de outra coisa.

- Tal igualdade, portanto, pode se dar entre coisas **iguais** ou **desiguais**.

Pág. 358. Na maioria dos casos concretos, as soluções da justiça precisam simplesmente decorrer dos mandamentos das leis do Direito Positivo, e não dos imperativos de uma justiça ideal.

- O que é **justo**? Aquilo que se acha na sua exata medida.

- A palavra *direito* não designa somente da *norma jurídica* (o Direito Objetivo), não somente a *permissão jurídica* (o Direito Subjetivo), mas, também, o *justo*.

- O justo por convenção e o justo por natureza.

- As normas jurídicas são as normas autorizantes. São as que, quando violadas, autorizam os lesados a lançar mão dos meios que o Estado coloca a sua disposição, para exigir o cumprimento das normas violadas, ou para exigir a indenização do prejuízo causado, ou ainda, para impor penas aos delinquentes.

- As *normas não jurídicas* são as demais. Embora sejam mandamentos, as normas não jurídicas não são autorizantes, isto é, não autorizam ninguém, no caso de serem violadas, a exigir, por meio dos órgãos do Estado, o seu cumprimento.

- As normas *jurídicas* assumem formas diversas. Podem, por exemplo, ser leis, cláusulas contratuais, resoluções de arbitragem, costumes com força legal.

- O *justo convencional* é aquilo que é justo por ser *conforme a lei*, ou por ser *conforme o contratado*, ou por ser *conforme a arbitragem*, ou por ser *conforme o costume*.

- Há, todavia, um outro *justo*, que é aquele pela *simples natureza das coisas*.

- Não significa, por outro lado, uma igualdade qualquer, mas sim uma igualdade de valores.

Pág. 364 – Fascinante o sonho de colocar, por cima do *justo por convenção*, por cima do *justo segundo a lei*, o soberano *justo por natureza*. Num primeiro impulso, na pura esfera de

um sonho, não há quem não se sinta irmanado com os juízes do chamado *Direito Alternativo*. Mas, no momento em que despertamos e saímos do sonho, e pomos os pés na terra, e o pensamento na simples realidade, que é que vemos? Vemos que precisamos nos abraçar às *leis*, para ser livres. Para assegurar o respeito a nossos Direitos. Para usufruir de defender o que é nosso.

Para que as leis existem? Não precisamos dizê-lo. Elas existem para evitar o arbítrio do Executivo, para evitar o arbítrio do Judiciário, para evitar o arbítrio dos mais fortes.

Pág. 365. Há leis péssimas, sem dúvida. Mas há juízes péssimos, como todos sabem. A lei péssima pode ser revogada por outra lei. O Povo que faz a lei pode fazer outra lei. Mas quem destituirá os juízes péssimos e vitalícios?

Nos casos concretos de conflito entre aparências diferentes do que é *justo*, que fazemos. Vamos ao juiz, sim, mas vamos ao juiz para ele nos diga quem tem razão, *em conformidade com o que mandam as leis*. O que pedimos ao juiz não é, certamente, que ele nos revele a sua doutrina e suas próprias aspirações sobre o caso concreto. O que pedimos ao juiz é, somente, que ele *interprete a lei aplicável* ao caso concreto, e que julgue de acordo *com o que essa lei manda*. O que queremos é nos submeter *à lei*, não ao arbítrio do juiz, não às teorias ou crenças subjetivas do juiz, à revelia da lei.

Em suma, o que queremos é viver num regime que a lei é soberana. É viver no *Estado de Direito*. O que não queremos é o regime do arbítrio de qualquer Poder.

GUIDO ALPA – I PRINCIPI GENERALI

Pág. 417 – Com relação à identificação dos “valores” individualizados e tutelados pela jurisprudência em matéria contratual, já se fez referência aos princípios-chave, e assim à liberdade contratual, à confiança (e aparência) e à boa fé objetiva. A tradição e a jurisprudência correntes continuam a crer na existência de um amplo número de outros princípios que encontram tradução em qualquer norma, de modo explícito, ou então em grupos de normas, ou então em qualquer simples referência pelas quais podem ser deduzidos por via interpretativa, ou ainda são cunhados como complemento de uma disciplina por qualquer lado lacunosa e por outro lado genérica.

- A liberdade contratual admissível até o limite da injustiça.

Pág. 442- Canaris sublinha como na sociedade de direito privado exista um princípio fundamental, a autodeterminação, ao qual corresponde a auto-responsabilidade. Tal sociedade é vinculada indissolavelmente à economia de mercado, na qual o Estado assume o papel de assegurar a liberdade de concorrência. A sociedade de direito privado não é transtornada em sua base pelas intervenções de tipo social (assistência aos indigentes, financiamentos às empresas, etc), porque, não obstante a intervenção do Estado, remanescem vastas áreas nas quais os cidadãos podem escolher livremente os seus objetivos e as modalidades de ações para consegui-los. Mas, feitas essas premissas, existem nos ordenamentos fontes suficientes para fazer coincidir ou para fazer concordar liberdade e justiça contratual? Na doutrina alemã, Canaris individua três diversas concepções, além aquela dele própria.

A **primeira** – a mais tradicional – é aquela de *Flume*, segundo a qual, em atenção ao princípio *stat pro ratione voluntas* – o qual destaca que é a vontade das partes e não o conteúdo razoável do contrato. É a posição mais próxima da economia de mercado, defendida também por von Hayek.

A **segunda**, contraposta a esta tese está aquela de *Zweigert e Kötz*, exposta na “Introdução ao Direito Comparado”. Esses veem na liberdade contratual uma utopia, um modelo imaginário enquanto essa tem por base a igualdade econômico-social das partes; o que ocorre somente nas relações entre grandes empresas que tenham objeto atípico; enquanto surgem em todos os ordenamentos um princípio diverso, de “justiça contratual”. Segundo *Canaris*, o desequilíbrio de posições de partida entre os contratantes é aplainado pelas regras da concorrência.

Uma posterior resposta é fornecida por Schmidt-Rimpler, segundo o qual é o próprio mecanismo interno do contrato que assegura a justiça do negócio. Isso porque a uma exigência manifestamente abusiva de uma parte corresponde a resistência da outra. Mas Canaris destaca que essa concepção poderia ser adotada para o contrato com base individual, mas não para os contratos de massa.

Para Canaris, em substância, a liberdade contratual é protegida porque é sinônimo da liberdade, não porque é sinônimo de justiça. A liberdade seria, portanto, um valor em si.

O CONTRATO JUSTO

GUIDO ALPA (IL CONTRATO IN GENERALE – PRINCIPI E PROBLEMI – GIUFFRÈ, 2014, PÁGS. 321 E

SEGUINTE):

- A equidade entendida como cláusula geral, como critério, como modalidade de determinação do ressarcimento do dano ou de composição dos interesses contrapostos atropela todas as experiências ocidentais.

- Nas disposições do Código Civil vigente, a equidade não é referida sempre aludindo ao mesmo significado. É possível, de fato, distinguir:

a) A equidade interpretativa, que, no caso de impossibilidade de esclarecer o significado do contrato, impõe ao juiz, em via residual, o papel de interpretá-lo operando um equânime co-temperamento dos interesses das partes. O juiz não pode assim fazer recurso à equidade se não nos casos marginais, especificamente quando tenha experimentado qualquer tentativa de aplicação das outras regras interpretativas.

b) a equidade corretiva, que comporta o balanceamento entre as prestações, surgindo no caso da redução da multa.

c) A equidade quantitativa, isto é, determinativa do tamanho do dano, e assim do ressarcimento ou da indenização devida.

d) a equidade integrativa, onde a equidade é fonte de integração, fazendo referência não já à economia interna do contrato, mas alternativamente a critérios de mercado;

e) esta última referência normativa se avizinha ao significado processual de equidade, que é entendida, pela maior parte dos autores, como complexo de princípios, normas, orientações, que saem do direito estrito e inserem raízes em um ordenamento alternativo.

- **Equidade na França:** referência aos standards, como bons costumes, boa fé, bom pai de família, diligência, abuso de direito, imprevisão e enriquecimento sem causa, além da valoração equitativa na liquidação do dano.

- **Equidade na Alemanha:** reforço das cláusulas gerais

TEORIAS DE EQUIDADE NOS CONTRATOS

- Origem da teoria da imprevisão: não precisada, mas que teve importantes etapas nas obras dos canonistas e dos pós-glosadores dos séculos XIV e XVI, quando se formulou a cláusula *rebus sic stantibus*, cujo teor é este: “*Contractus qui habent tractum successivum et*

dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur”.

- A cláusula, considerada ínsita nos contratos, significaria que nas convenções que gerassem obrigações sucessivas ou dependentes do futuro, o seu cumprimento ficaria condicionado à permanência do estado de fato contemporâneo da formação do vínculo.

- Teoria da Pressuposição – Windscheid

- Baseia-se na suposição de existência de um determinado estado de coisas que foi decisivo na formação de sua vontade. Não há condição, contudo.

- Nesse caso, age sob pressuposição, a qual seria uma condição não desenvolvida.

- Pressuposição: futuro

- Erro: presente ou passado

- Teoria da Superveniência – Giuseppe Osti

- Consistiria a superveniência no fato ulterior, impeditivo da verificação do resultado concreto representado pelo promitente.

- Teoria da Base Negocial – Oertmann

- Refere-se às circunstâncias que constituem a base sobre a qual assenta a declaração negocial.

- Divergência entre as representações mentais e a realidade. Nesse caso, a resolução do negócio é a consequência.

- Teoria da Imprevisão: elaborada na França, através da jurisprudência do Conselho de Estado e da Lei Failliot.

A situação que, em virtude de acontecimentos novos, se configura deve ser considerada objetivamente. A equivalência das prestações, segundo o cálculo das partes, é a base do contrato comutativo. Se acontecimentos novos a alteram, além dos limites da previsão do contratante médico, o contrato se transforma em instrumento de aniquilamento de um dos contratantes, em proveito do outro. Foge, assim, à sua própria finalidade e contraria os princípios da equidade.