

Nº 0428

JUDITH MARTINS-COSTA

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo.

COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO CIVIL

**Do Direito das Obrigações.
Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações.**

Volume V

Tomo I

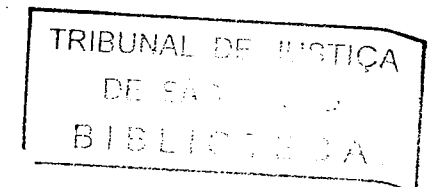
(Artigos 304 a 388)

Coordenador

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA



Rio de Janeiro
2003



LOCALIZAÇÃO
E 257
P 8
Nº 7
NR 30362

1ª edição – 2003

© Copyright
Judith Martins-Costa

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

M347c
t.1

Martins-Costa, Judith, 1952 –
Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações / Judith Martins-Costa. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.
Conteúdo: v. 5, t. I. Artigos 304 a 388
Inclui bibliografia
ISBN 85-309-1762-6
1. Brasil. [Código civil (2002)]. 2. Obrigações (Direito). I. Título. 030435. CDU 347.44

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
COMPANHIA EDITORA FORENSE

Endereço na Internet: <http://www.forense.com.br> – e-mail: forense@forense.com.br
Críticas e sugestões: glaucia@forense.com.br
Av. Erasmo Braga, 299 – 1º, 2º, 5º, e 7º andares – 20020-000 – Rio de Janeiro – RJ
Tels.: (0XX21) 2533-5537 – Fax: (0XX21) 2533-4752

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

A Miguel Reale Júnior, companheiro na aventura de cada dia, companheiro também na redação destes Comentários.

Em memória de meu pai, Professor Antônio de Almeida Martins Costa Neto, quem primeiro me fez compreender o Direito das Obrigações e, portanto, amar o Direito.

CLASSIFICAÇÃO
347(81)(034.46)
T269e
v.5
t.1

verdadeiramente, é que o débito é sempre o mesmo, em novo momento temporal, de modo que “o adimplemento, que se manifesta no período intermístico, não modifica o débito, e apenas impede que o credor exija o que foi adimplido e pertence ao passado”.³¹⁴

5. Exceções à regra

Muito embora a regra do art. 314 fixe a indivisibilidade do adimplemento, deve-se reconhecer que, na sociedade de massa, de indução exasperada ao consumo, na qual o crédito se tornou a principal moeda e a principal mercadoria, o número de casos em que o adimplemento se processa por partes é, quantitativa e qualitativamente, imenso, seja em razão de convenção, seja em razão dos usos. Assim os contratos de fornecimentos de certas mercadorias, como matérias-primas que não são consumidas na sua totalidade senão ao longo do tempo. Também aqui é chamado a operar o *topos* da utilidade³¹⁵ para o credor, e o princípio da boa-fé objetiva. Se a recusa em receber parcialmente a prestação se dever a caprichos, a motivos fúteis, de nenhuma importância para a utilidade que, objetivamente, será retirada da prestação, haverá violação ao dever de agir segundo a boa-fé.

Também será a regra excepcionada, em atenção ao princípio da boa-fé, na hipótese de adimplemento substancial do contrato, para o que remetemos ao comentário ao art. 304.

314 COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 212.

315 Art. 395, parágrafo único, a contrario.

6. Indivisibilidade e perdas e danos

O princípio da indivisibilidade é afastado quando a obrigação se resolver em perdas e danos. Neste caso, diz o art. 263, ocorre a “perda da qualidade de indivisível”. Se houver pluralidade de devedores, e todos forem culpados, responderão, cada um deles, em partes iguais. Se um só for culpado, os outros ficam exonerados, e só o culpado responde pelas perdas e danos. Assim também na hipótese de incidência da cláusula penal. Sendo indivisível a prestação, diz o comando do art. 414, todos os devedores incorrerão na pena, mesmo que só um deles caia em falta. Porém, a pena só poderá ser demandada integralmente do culpado, os demais respondendo somente pela sua quota, e tendo direito à ação regressiva contra o que deu causa à aplicação da pena. Se, diversamente, a prestação foi divisível, a solução é mais simples: só incorre na pena o devedor (ou o herdeiro do devedor) que infringir a obrigação, e proporcionalmente à sua parte (art. 415).

SEMINÁRIO 3

Art. 315. As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o disposto nos artigos subsequentes.

Direito anterior – Não havia equivalente. O texto resultou de Emenda nº 34, do Senado, correspondente à Subemenda nº 38, ao art. 315 da Câmara dos Deputados que, por sua vez, corresponde ao art. 250 do Anteprojeto. Na origem remota da regra, ainda no Direito anterior ao Código de Beviláqua, estão (apenas similares, e em parte) os arts. 132, 195 e 431 do Código Comercial. Da mesma forma o Esboço, de Teixeira de Freitas, nos arts. 930 a 933. No Código de Beviláqua, art. 947 cuja redação original sofreu, ao longo do tempo, várias alterações, a última delas pela Lei nº 10.192, de 14.02.91.

Direito comparado – Código Civil francês, art. 1895; Código das Obrigações suíço, art. 84; Código Civil italiano, art. 1.277; Código Civil espanhol, art. 1.170; Código Civil português, art. 550; Código Civil uruguaio, art. 1.458, 3ª alínea.

COMENTÁRIO

1. Amplitude da regra

Embora debatido entre os economistas, o conceito de moeda recebe, sob o perfil funcional, um certo consenso: admite-se que a moeda exerce basicamente duas funções, a) a de meio de pagamento e, b) a de reserva de valor ou unidade de conta.³¹⁶ Como esclarece Wald,³¹⁷ em virtude da primeira função, é obrigatório o recebimento de pagamento feito em moeda nacional, que tem curso legal forçado.³¹⁸ A segunda função “permite que a moeda seja uma ponte entre o presente e o futuro, um valorímetro, um denominador comum de valores, uma unidade de câmbio”.³¹⁹ Assim é que, se não há dúvidas de que seja,

316 Assim explica WALD, Arnoldo. A crise econômica e o Direito Monetário, em *O novo Direito Monetário: os planos econômicos, o FGTS e a Justiça (da correção monetária à desindexação)*. Belo Horizonte, Nova Alvorada, 1996, p. 18.

317 WALD, Arnoldo. A crise econômica e o Direito Monetário, em *O novo Direito Monetário: os planos econômicos, o FGTS e a Justiça (da correção monetária à desindexação)*. Belo Horizonte, Nova Alvorada, 1996, p. 18.

318 Para a idéia de ‘curso legal forçado’ veja-se *infra*.

319 WALD, Arnoldo. A crise econômica e o Direito Monetário, em *O novo Direito Monetário: os planos econômicos, o FGTS e a Justiça (da correção monetária à desindexação)*. Belo Horizonte, Nova Alvorada, 1996, p. 18, com referências às idéias que têm sido conotadas à moeda entre os economistas.

“relativamente fácil ao legislador assegurar o papel da moeda como meio de pagamento, a sua função de medida de valor depende, na realidade, da credibilidade do Poder Público e das leis de mercado, que nenhum Estado consegue revogar”.³²⁰

É justamente nesse dilema – agravado à exasperação pelo neoliberalismo e pela mundialização econômica – que se move o art. 315. O que aí se estabelece, fundamentalmente, é que até o vencimento da prestação, a desvalorização da moeda constitui risco do credor; mas, a partir daí, cabe ao obrigado suportar os seus efeitos.³²¹ Contém, assim, dois diversos comandos: de um lado, abriga o *princípio do nominalismo monetário*, de outro abre ensejo à formulação (que remete aos artigos subsequentes) do princípio que lhe é antagônico, qual seja, o do *valorismo monetário*.

Nesse sentido, a regra do art. 315 não inova, porque convivem há décadas em nosso Ordenamento o princípio do nominalismo e o princípio do valorismo, este expresso no reajuste ou atualização das prestações pecuniárias. Este último, para além de ser objeto de uma multiplicidade de leis especiais,³²²

320 WALD, Arnoldo. A crise econômica e o Direito Monetário, em *O novo Direito Monetário: os planos econômicos, o FGTS e a Justiça (da correção monetária à desindexação)*. Belo Horizonte, Nova Alvorada, 1996, p. 19.

321 Veja-se comentário ao art. 404.

322 O exercício do poder monetário tem os seus limites fixados na Constituição, afirmando a propósito Arnoldo WALD que esse exercício “deve resguardar o poder da moeda e ser exercido no interesse do desenvolvimento do país” (A crise econômica e o Direito Monetário, em *O novo Direito Monetário: os planos econômicos, o FGTS e a Justiça (da correção monetária à desindexação)*. Belo Horizonte, Nova Alvorada, 1996, p. 24). Acerca da correção monetária, a Constituição Federal cuidou da matéria nos arts 100, § 1, 182, § 4, inciso III, e 184, *caput*. Na legislação especial os textos mais importantes são: Lei nº 5.670/71; Lei nº 6.205/75; Lei nº 6.423/77; Lei nº 6.423/77; Lei nº 6.899/81; Decreto nº 86.649/81; Decreto-lei nº 2.283/86; Decreto-lei nº 2.284/86; Decreto-lei nº 2.290/86 (com alterações em normas subsequentes); Decreto-lei nº 2.323/87; Decreto-lei nº 2.335/87 (com alterações subsequentes); Decreto-lei nº 2.341/87; Decreto-lei nº

tem sido consagrado em diversas Súmulas do STF e STJ³²³ e ainda de outros Tribunais estando, como observa Araken de Assis, “firmemente ancorado na equidade”,³²⁴ encontrando atuação sempre que configurada situação passível de ser apreendida pela *cláusula geral do enriquecimento sem causa* (art. 884). Por isto é que o princípio do valorismo, ainda que não formulado de modo expresso no art. 315, é, na verdade, o seu “comando forte”, mormente se conectado, como deve ser, com a cláusula geral do enri-

2.420/ 88; Lei nº 7.691/88; Lei nº 7.730/89 (com alterações posteriores); Lei nº 7.786/89; Lei nº 7.788/89; Lei nº 7.799/89; Lei nº 7.843/89; Lei nº 7.868/89; Lei nº 7.918/89; Lei nº 7.968/89; Lei nº 7.989/89; Lei nº 8.024/90 (instituiu o “cruzeiro”); Lei nº 8.030/90; Lei nº 8.088/90; Lei nº 8.100/90; Lei nº 8.177/91; Lei nº 8.178/91; Lei nº 8.218/91; Lei nº 8.383/91; Lei nº 8.542/92; Lei nº 8.697/93 (instituiu o “cruzeiro real”); Lei nº 8.880/94; Lei nº 9.069/95 (instituiu o “Plano Real”); Lei nº 10.192/01 (instituiu medidas complementares ao “Plano Real”).

323 STF: Súmula 562 (“Na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para este fim, dentre outros critérios, dos índices de correção monetária”) e, do STJ, as seguintes: Súmula 14 (“Arbitrados os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir do respectivo ajuizamento”); Súmula 16 (“A legislação ordinária sobre crédito rural não veda a incidência de correção monetária”); Súmula 29 (“No pagamento em juízo para elidir falência, são devidos correção monetária, juros e honorários de advogado”); Súmula 35 (“Incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição, em virtude da retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio”); Súmula 43 (“Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”); Súmula 162 (“Na restituição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido”); Súmula 179 (“O estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos”).

324 Essa ancoragem na equidade pode ser observada ao aresto do TJRS, proferido na Ap. Civ. nº 70001141605, 19ª Câmara, Relator Des. Gunther SPODE, j. em 05.09.2000. Ementa: “Ação Monitória, prova Escrita. Contrato. Não é carente de ação a parte que, a despeito de possuir título com eficácia executiva, opta pelo procedimento monitorio. Não há cerceamento de defesa quando as questões em embate são de Direito, mormente quando as partes expressamente dispensaram a produção de provas, notadamente a pericial. Havendo previsão contratual de incidência de correção monetária, ainda que não haja termo para seu adimplemento, é de rigor a correção que reflita a variação da moeda. [...]”.

quecimento injustificado: quando, por força da desvalorização do valor real da moeda, for ensejado o enriquecimento sem causa de um dos figurantes do negócio jurídico,

“nenhum efeito ostentam proibições legais, a exemplo do art. 2º, § 1º, da Medida Provisória nº 1.750 – 45/98, que averba de nula, de pleno direito, *qualquer reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano*”.³²⁵

Isto significa dizer que, com fundamento no princípio que veda o enriquecimento sem causa, “lei nenhuma pode determinar qualquer índice de correção monetária inferior à inflação do período”, como já decidiu o STJ,³²⁶ pois a Constituição vigente – conquanto não tenha repetido a regra do art. 153, §

325 ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. VI (arts. 566 a 645), p. 31. (A Medida Provisória aludida converteu-se na Lei nº 9.069/95.) A correção está assentada na equidade porque, como suficientemente firmado na doutrina e na jurisprudência, a correção monetária é mera atualização do valor da moeda corroído pela inflação, não constituindo um “aumento” ou *plus* à obrigação ou uma “pena” ao inadimplente. Daí o “nenhum efeito”, na realidade da prática, de certas intervenções do Governo, o que tem explicações de ordem sociológica que não cabe aqui examinar. Comprova a assertiva a torrencial jurisprudência que veio estendendo a correção monetária para quaisquer débitos resultantes de decisão judicial (exemplificativamente, STJ, Terceira T. RESP 20.188-7/RJ, Rel. Min. Waldemar ZWEITER, j. em 9.06.1992, in DJU de 3.08.1992, p. 11.312: “Em qualquer débito que for objeto de decisão judicial, deverá incidir a correção monetária, aplicando-se a Lei nº 6.899/81 indistintamente, tanto no processo de conhecimento quanto no de execução forçada”); que firmaram que a correção monetária independe de pedido expresso (v.g. STJ, Quarta T., RESP 22.830-3/RJ, Rel. Min. Sálvio de FIGUEIREDO, j. em 15.06.1992, in DJU de 18.08.1992, p. 12.505: “A correção monetária é devida *ex vi legis*, independe de pedido expresso”; Também assim a Súmula 53 do TRF da Quarta Região: “A sentença que, independentemente de pedido, determina a correção monetária do débito judicial não é *ultra* ou *extra petita*”).

326 In RSTJ 71/57.

22, da Carta de 1969³²⁷ – assegura, no art. 184, *caput*, a preservação do valor real dos títulos da dívida agrária,³²⁸ aí encontrando a doutrina as bases para o desenvolvimento do princípio da tutela do valor real da moeda.³²⁹

2. Origem da regra

Linhas acima lembramos que o art. 315 possui dois comandos distintos: de um lado, consagra o princípio do nominalismo, ao preceituar que “as dívidas em dinheiro devem ser pagas no vencimento em moeda corrente e pelo valor nominal”; de outro, reenvia às regras da correção monetária, ao ressaltar, na sua segunda parte, “salvo o disposto nos artigos subsequentes”. Um e outro tocam diretamente às relações entre economia e moeda e, portanto, às vicissitudes de nossa economia, instável e inflacionária, conquanto os sucessivos planos governamentais que, há décadas, se têm sucedido sem outro sucesso senão o de graduar, para mais ou para menos, a instabilidade.

A sua tramitação legislativa não foi tranqüila, revelando a oposição de idéias entre nominalistas e valoristas. Por isto, para melhor compreender a

327 A Carta de 1969 chegou a assegurar no art. 153, § 22, “a exata correção monetária” a incidir nos títulos da dívida pública em casos de desapropriação, situando essa regra entre os Direitos e Garantias Individuais.

328 Art. 184, *verbis*: Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”.

329 Assim WALD, Arnaldo, A crise econômica e o Direito Monetário, em *O novo Direito Monetário: os planos econômicos, o FGTS e a Justiça (da correção monetária à desindexação)*. Belo Horizonte, Nova Alvorada, 1996, p. 25.

sua extensão, e também a dos arts. 316, 317 e 318, com os quais se encontra umbilicalmente ligado, cabem algumas breves linhas acerca da sua elaboração legislativa.

2.1. No Anteprojeto

Ao apresentar a primeira versão ao Anteprojeto, o relator do Direito das Obrigações, Agostinho Alvim, admitia a possibilidade da pactuação da correção monetária, nos seguintes termos: “Não é defeso, porém, convencionar a revalorização da prestação a fazer, ou o aumento progressivo das prestações, com base em critérios adotados pelo Poder Público”.³³⁰ E justificava o ilustre Relator a proposição nos seguintes termos:

“Os que labutamos na profissão sabemos ser esse o uso consagrado nos contratos que se celebram, sempre que há prazo, ou prestações sucessivas”.³³¹

Deixava assim claro o seu intento de admitir a correção e, “ao mesmo tempo, frear os exageros, limitando-a ao permitido pelo Poder Público”.³³² Con-

330 Conforme ALVIM, Agostinho, Exposição de Motivos Complementares do Prof. Agostinho Neves de Arruda Alvim, em Anteprojeto do Código Civil, Brasília, Ministério da Justiça, 2ª edição – Revisória, 1973, p. 73, aludindo ao parágrafo único do art. 84/0 do Anteprojeto primitivo.

331 ALVIM, Agostinho, Exposição de Motivos Complementares do Prof. Agostinho Neves de Arruda Alvim, em Anteprojeto do Código Civil, Brasília, Ministério da Justiça, 2ª edição – Revisória, 1973, p. 73.

332 ALVIM, Agostinho, Exposição de Motivos Complementares do Prof. Agostinho Neves de Arruda Alvim, em Anteprojeto do Código Civil, Brasília, Ministério da Justiça, 2ª edição – Revisória, 1973, p. 73.

tudo, a proposição não foi aprovada pelos demais membros da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil que entendeu de considerar nulas as cláusulas de atualização do valor monetário. Como justificou, à época, o presidente da Comissão, a “correção monetária não deve figurar no Código Civil, por tratar-se de medida de caráter transitório, ligado ao surto inflacionário”.³³³

2.2. Na Câmara dos Deputados

O “surto inflacionário”, porém, demonstrou caráter não de mero “surto”, passando a se tornar uma constante, bem traduzida, na década de 80, pela expressão “espiral inflacionária”.³³⁴ Por isto, na tramitação na Câmara dos Deputados em 1984 (período altamente inflacionário) foram propostas emendas aos arts. 315 a 317, justamente para introduzir a cláusula da correção monetária, ficando com a seguinte redação:

“Art. 315. As dívidas em dinheiro devem ser pagas em moeda corrente e pelo seu valor nominal, no vencimento, a partir de quando sofrerão correção monetária.”

“Art. 316. Aplica-se a correção monetária nas dívidas em dinheiro e nas de valor, a partir do respectivo vencimento.”

“Parágrafo único. É lícito convencionar o aumento progressivo das prestações monetárias.”

333 REALE, Miguel, opinião apresentada sobre as emendas dos senadores relativas à Parte Especial, in: *O Projeto de Código Civil no Senado Federal*. Brasília: Senado Federal, 1998. vol. II, p. 29.

334 Para um quadro veja-se WALD, Arnoldo. Quatro décadas de evolução da correção monetária. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n° 60, pp. 333-343, mar. 1994.

“Art. 317. Quando, pela desvalorização da moeda, ocorrer desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, o juiz determinará a correção monetária, mediante a aplicação dos índices oficiais, por cálculo do contador.”

2.3. A tramitação no Senado Federal

Durante a tramitação no Senado, ao dar opinião sobre as emendas propostas, o Professor Miguel Reale, assinalando tratar-se de “matéria da mais alta indagação”,³³⁵ sugeriu, em vez da supressão das emendas, voltar em parte ao Projeto de 1975, dando-se nova redação aos arts. 315 e 316, nos seguintes termos:

“Art. 315. As dívidas em dinheiro deverão ser pagas em moeda corrente e pelo valor nominal, no vencimento, salvo o disposto nos dois artigos seguintes”.

Nestes artigos seguintes mantinha-se a possibilidade de convencionar a correção (art. 316), atribuindo-se ao juiz o poder-dever de corrigir o valor, na hipótese de desproporção manifesta entre prestação e contraprestação, em razão da desvalorização da moeda (art. 317). Estas sugestões foram acolhidas no Senado, embora outra Emenda, a de n° 38, de autoria do Senador Gabriel Hermes, propusesse a supressão da correção monetária, “típico instituto de vigência transitória e emergencial [que] não deve ser cristaliza-

335 REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil no Senado Federal*. Brasília: Senado Federal, 1998. vol. II, p. 28.

da no Código Civil, em caráter permanente”.³³⁶ Não endossada a proposição restou, assim, a redação proposta por Miguel Reale ao art. 315, com pequenas alterações de linguagem, e ao art. 316, modificando-se contudo, com grande alcance, a redação proposta ao art. 317, como oportunamente será apontado.³³⁷

Essas idas e vindas no que concerne à consagração, no Código, da correção monetária, são exemplares para identificar não apenas a íntima relação entre Direito, Economia e Política como a sobrevivência, ainda que mitigada, do princípio do nominalismo nas prestações pecuniárias.

3. A primeira parte da regra do art. 315: o Princípio do Nominalismo Monetário nas prestações pecuniárias

O primeiro comando do art. 315 consagra o princípio do nominalismo monetário. Este princípio traduz uma idéia simples: a estabilidade, no tempo, do valor monetário.³³⁸ Transposta para a relação obrigacional essa idéia significa que o devedor se libera ao pagar em moeda corrente, pelo valor ajustado no título, coincidente com o que está estampado na face material da moeda.

No seu substrato, mormente no que diz com as obrigações contratuais, está o princípio da obrigatoriedade do pactuado encarado em sua feição mais intransigente, tributária do liberalismo econômico, político e jurídico. Sua justificação é, pois, basicamente liberal, tendo, porém, certa base nas épocas

336 REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil no Senado Federal*. Brasília: Senado Federal, 1998. vol. I, p. 167.

337 Vide comentário ao art. 317, *infra*.

338 EL-GAMAL, Mostapha Mohamad. *L'Adaptation du Contract aux Circonstances Économiques*, Paris: LGDJ, 1967, p. 17.

de estabilidade financeira,³³⁹ o que ora não se verifica, pois as intervenções neoliberais dos anos 80 e 90 em grande parte do mundo (e também entre nós) foram impotentes para alcançar essa meta: ao revés, acentuaram a instabilidade financeira, agora cada vez dependente de fatores externos, ou “globais”, eufemismo que indica os interesses do Governo norte-americano. Daí a razão de ser o princípio do nominalismo monetário duramente contestado, pois o seu efeito jurídico é o de, *prima facie*, limitar a revisão das prestações, o que causa injustiça decorrente da diferença entre o valor expresso na face da moeda, ou valor nominal, e o *valor real*, isto é, o “valor de compra”, desgastado pela inflação, causador de desequilíbrio econômico na relação.

É bem verdade que, entre nós, esse nunca foi um princípio traduzido em regra cogente, como ocorreu na França em virtude do art. 1895 do *Code Civil*, relativo às obrigações contratuais de mútuo, segundo o qual “a obrigação que resulta de um empréstimo em dinheiro é sempre a soma numérica enunciada no contrato”.³⁴⁰ A regra do art. 947 do Código de 1916 tinha caráter dispositivo, sendo, portanto, facultado às partes ajustar valores diferentes e determinar a qualificação da dívida como um valor estável,³⁴¹ sujeito à tradução em termos monetários segundo as oscilações do mercado, se adotando, assim, as chamadas “cláusulas de escala móvel”³⁴² ou a corre-

339 Assinalam este traço, entre outros, SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol. 2, pp. 85-86; RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, vol. 2, p. 133;

340 Tradução nossa. No original: “L’obligation qui résulte d’un prêt en argent, n’est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat.”

341 SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol. II, p. 85. Também EL-GAMAL, Mostapha Mohamad. *L'Adaptation du Contract aux Circonstances Économiques*, Paris: LGDJ, 1967, p. 39

342 Vide *infra*, comentário ao art. 316.

ção monetária, que é “atualização”, isto é, reposição do valor nominal, segundo índices fixados pelo Governo com caráter de ordem pública.³⁴³ Atua, ainda, decisivamente o Poder Judiciário para revisar o valor das prestações contratuais mesmo na ausência de regra expressa.³⁴⁴ Agora, mais do que nunca, em virtude da regra de ordem pública posta no art. 317, à qual o art. 315 reenvia (e também aos arts 478 a 480, se a obrigação derivar de contrato bilateral) não se pode licitamente afirmar que o princípio do nominalismo *limite* a revisão: é antes uma das suas *causas*, na medida em que a revisão resta justificada, em grande parte dos casos, pelo desequilíbrio causado pela manutenção do valor nominal da moeda.

Assim sendo, conquanto verdadeiro que o nominalismo monetário nunca tenha tido feição cogente entre nós, também é verdade que, com a ampliação da contratação formada por adesão, pouca expressão efetiva tinha a dispositividade em tese consagrada no antigo Código Civil, pois a parte dotada de maior poderio impunha o que fosse de seu interesse, sem possibilidade de a parte mais fraca submeter o contrato à revisão judicial para promover o reequilíbrio econômico. Por isto mesmo, sendo imperiosa a necessidade de aderência entre o Direito e a realidade, surgem fórmulas, muitas delas derivadas da formação jurisprudencial,³⁴⁵ para adaptar os efeitos financeiros dos negócios jurídicos aos azares da economia. Entre essas fórmulas

343 Para a distinção entre correção monetária e escala móvel, vide comentário ao art. 316.

344 Vide comentário ao art. 317.

345 V.g., a Teoria da Imprevisão, surgida nos Tribunais franceses em 1917 e um ano mais tarde acolhida pela *Loi Faillot*. Também na Alemanha a Teoria da Base Objetiva surge da necessidade de regular de maneira equânime as relações contratuais após a II Guerra. Para o exame dessas teorias, vide comentário ao art. 317.

está o mecanismo da correção monetária³⁴⁶ e a possibilidade de revisão contratual³⁴⁷ por intervenção do juiz.

4. Os ataques ao nominalismo: o princípio do valorismo

O princípio do nominalismo monetário é relativizado pela correção monetária. Pode também ser relativizado ou, por vezes, reforçado pelo curso legal e forçado da moeda corrente. Cumpre aclarar esses conceitos.

4.1. Correção monetária

Nas prestações pecuniárias, o valor da moeda (valor real) se transforma, no tempo e no espaço, pelo efeito da inflação, descolando o valor real e o fácil, ou nominal. A correção monetária constitui um mecanismo econômico que objetiva repor o valor da moeda, desgastado pela inflação. Como maciça e reiteradamente decide a jurisprudência,³⁴⁸ *não é aumento*, mas mera *reposição* de valor. Por isto está ancorado na equidade e no princípio geral de Direito (agora acolhido em cláusula geral, art. 884) que veda o en-

346 Vide comentário ao art. 404.

347 Vide comentário ao art. 317.

348 Exemplificativamente, STJ, Terceira T., RESP 7.098/SP, Rel. Min. Waldemar ZVEITER, j. em 12.03.1991, in DJU de 29.04.1991, p. 5.265, *in verbis*: “A jurisprudência do STJ firmou que a correção monetária incide sempre a partir do vencimento da dívida, partindo do princípio de que o reajustamento monetário não dá nem tira nada de ninguém, mas apenas corrige o valor aquisitivo da moeda, mormente quando a dívida é de valor”.

riquecimento injustificado, sob pena de afronta aos bons costumes por ilícita invocação da própria torpeza.³⁴⁹

O índice da correção é estabelecido pelo Estado em normas de ordem cogente, pois diz respeito à ordem econômica de direção,³⁵⁰ evidenciando, assim, o caráter transindividual do Direito das Obrigações. Porém, nem sempre o estabelecimento desse índice mostra-se justo, ou equo. Nestas ocasiões, o Judiciário, atento ao fato de o sistema jurídico constituir uma ordem de princípios gerais, ordem axiologicamente orientada,³⁵¹ vem emprestando “solução uniforme e firme, inclusive resistindo ao legislador injusto”, como aponta, com razão, Araken de Assis³⁵² e como veremos nos comentários ao art. 317.

4.2. Moeda corrente, curso legal e curso forçado

A expressão “moeda corrente” designa a moeda que tem curso legal em determinado território, assim como hoje o real tem entre nós.³⁵³ Tam-

349 Assim o STJ, RESP 2992/SC, Quarta Turma, Rel. Min. César ASFOR ROCHA, j. em 04.06.96, in DJ de 05.08.96, p. 26.359 e em RT 733/151, in verbis: “A devolução integral das arras reclama a incidência de correção monetária desde o seu efetivo desembolso, sob pena de importar em um verdadeiro enriquecimento sem justa causa do devedor, e a ninguém é lícito tirar proveito da própria torpeza.”

350 Vide comentário ao art. 316.

351 CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução portuguesa de Menezes Cordeiro. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 66-88.

352 ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. 4 (arts. 566 a 645), p. 32.

353 Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, art. 1, in verbis: “A partir de 1º de julho de 1994, a unidade do Sistema Monetário Nacional passa a ser o REAL (Art. 2º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994), que terá curso legal em todo o território nacional.”

bém assim o cheque, que é ordem de pagamento à vista³⁵⁴ desde que expresse a moeda de curso legal e forçado.

A moeda dotada de curso legal pode ou não ter curso forçado, os dois conceitos sendo diversos. Curso legal “é o efeito liberatório nos pagamentos, que a lei atribui a uma ou mais moedas num determinado país”,³⁵⁵ como ocorreu na Europa unificada, onde os pagamentos, por certo tempo, tinham efeito liberatório fossem realizados em euros ou nas moedas locais (francos, liras, marcos, escudos, etc.), ou mesmo na Argentina, quando conviviam, com o mesmo efeito liberatório, o dólar norte-americano e a moeda local.

Já o curso forçado é o que tem a moeda “quando a lei determina que um certo padrão monetário dotado de curso legal tem de ser obrigatoriamente aceito pelo credor, não podendo ser recusado o seu valor liberatório pela convenção das partes”.³⁵⁶ Assim sendo, para estabelecer a força liberatória dos meios de pagamento, o Estado estabelece uma relação entre esses meios e a unidade monetária.³⁵⁷ É justamente o que ocorre no Brasil onde, desde o Decreto nº 23.501, de 27 de novembro de 1933,³⁵⁸ são consi-

354 Lei nº 7.357/85, art. 32, in verbis: “O cheque é pagável à vista. Considera-se não-escrita qualquer menção em contrário”.

355 SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. 2, p. 86.

356 SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. 2, p. 86.

357 EL-GAMAL, Mostapha Mohamad. *L'Adaptation du Contract aux Circonstances Économiques*, Paris: LGDJ, 1967, p. 39.

358 Este Decreto foi revogado pelo art. 4º do Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969 que, em seu § 1º repete a proibição de estipulação de pagamento em ouro ou em qualquer outra moeda, nos seguintes termos: “São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal da moeda.”

deradas nulas as estipulações de pagamento em ouro, ou outra espécie monetária que não a moeda corrente, salvo exceções previstas em lei.³⁵⁹

Diz-se que o princípio do nominalismo por vezes é relativizado em razão do curso forçado porque, havendo troca da moeda (como ocorreu, v.g., na troca do “cruzeiro” para o “cruzado” ou do “cruzado novo” para o “real”), as obrigações contraídas na época de vigência da moeda antiga são adimplidas na moeda nova, que tem, então, curso forçado, em regra estabelecendo os Governos “regras de transição”, com caráter de *jus cogens*, para estabelecer a correspondência. Mas pode ocorrer um longo período inflacionário sem que haja reforma monetária. Então, a moeda estará desgastada em seu valor, impondo, porém, o princípio que o adimplemento se dê de acordo com o seu valor facial (ou valor de face, isto é, o que está estampado em seu suporte material): daí nascer a injustiça gerada pela quebra da comutatividade, já que, ao pactuar-se a prestação, por certo havia, ainda que implícita, uma base econômica traduzindo o sinalagma entre prestação e contraprestação.³⁶⁰

359 As alterações mais relevantes no Decreto nº 23.501/33 são as do Decreto-lei nº 857, de 11.09.69 e da Lei nº 9.069, de 26.06.95, que instituiu o “Plano Real”. Também a Lei nº 10.192, de 14.02.01, com medidas complementares ao “Plano Real” veda, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de pagamento “expressas em, ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira, ressalvado o disposto nos arts. 2º e 3º do Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969 e na parte final do art. 6º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994”. As exceções aludidas concernem aos contratos e títulos referentes a importação e exportação de mercadorias; aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacional, vendidos a crédito para o Exterior; aos contratos de compra e venda de câmbio em geral; aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no Exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados em território nacional; os contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas nos contratos de empréstimo antes referidos.

360 Acerca da base do negócio, vide comentário ao art. 317.

4.3. Obrigações pecuniárias e adimplemento em face do princípio da separação de planos

Durante largo tempo foram aplicadas às relações obrigacionais cuja prestação fosse pecúnia as mesmas regras que comandavam as dívidas que se dirigem à transferência da propriedade de coisa corpórea. O instável século XX veio ocasionar, contudo, a reflexão sobre a inadequação desse tratamento, pois o dinheiro, antes de constituir “coisa corpórea”, é, sobretudo, *valor*. Na origem desta concepção está a doutrina do “valorismo monetário” de Savigny, que já percebera ser o essencial nas obrigações monetárias criadas por um contrato não o número de unidades monetárias determinado no contrato, mas o seu valor de compra, o valor que aquele número efetivamente representa.³⁶¹

À época a sua doutrina, contudo, não vingou, porque o Direito Privado obedece, em larga medida ao que, na História, é chamado de o ciclo da “longa duração”:³⁶² na sua base não estão meramente os “acontecimentos” nem apenas as “conjunturas”, mas as *estruturas*, entre elas as *estruturas mentais* ou a “mentalidade”.³⁶³ Por isto não é raro que as melhores idéias por

361 SAVIGNY, F. K., *Le Droit des Obligations*, tradução francesa de GÉRARDIN e POZON, Paris, 1863, t. 2, p. 47, apud EL-GAMAL, Mostapha Mohamad. *L'Adaptation du Contract aux Circonstances Économiques*. Paris: LGDJ, 1967, p. 18. Segundo este autor, o valorismo tem origens ainda mais antigas, podendo se encontrar sua defesa entre os pós-glosadores.

362 A denominação foi dada por BRAUDEL, F. A Longa Duração. In: *História e Ciências Sociais*. Lisboa: Presença, 1978, ganhando expansão com as linhas teóricas adotadas pela escola francesa dos *Annales*.

363 A idéia de “mentalidades” indica as estruturas de crenças e comportamentos que mudam muito lentamente, exprimindo algo próximo a uma “psicologia histórica coletiva”, como anota VAINFAS, Ronaldo, em *História das Mentalidades e História Cultural*, em *Domínios da História – Ensaios de Teoria e Metodologia* (org. FLAMARION CARDOSO, Ciro e VAINFAS, Ronaldo), Rio de Janeiro, Editora Campus, 1997, 4ª edição, p. 129.

vezes costumam a ser aceitas, estando na dependência das mudanças de mentalidade, as quais, por sua vez, estão sujeitas a uma série de fatores ou condições objetivas de realizabilidade.

A idéia de Savigny acerca do valorismo é retomada, em novas bases, apenas na segunda metade do século XX, tendo-se constatado, diante do fenômeno inflacionário – já não mais visto como algo excepcional ou transitório – que irrelevante seria o substrato material da moeda (metal ou papel) diante da *finalidade* e da *função* desempenhadas pelo dinheiro. Como conseqüência, o dinheiro, destacado de seu substrato material, constituir-se-ia em “direito de valor”, e não “direito de propriedade”.³⁶⁴

Na dogmática das Obrigações (também como conseqüência desse pensamento) modificar-se-ia a concepção dos planos da relação obrigacional visualizada como processo, pois não seria adequado conferir à prestação consistente em dinheiro o mesmo tratamento adequado ao sistema de transmissão do Direito das Coisas: em vez de haver a distinção entre os planos do Direito Obrigacional (nascimento e desenvolvimento da relação) e do Direito das Coisas (adimplemento),³⁶⁵ o adimplemento seria processado no plano do Direito Obrigacional.³⁶⁶

Mesmo essa concepção não foi integralmente acolhida, preconizando Couto e Silva não fosse afastada a distinção entre os planos, uma vez que, embora a sua função de valor, é o dinheiro *bem móvel consumível*, e, por este motivo, sujeito às regras da transmissão de propriedade, notadamente

364 Assim COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, pp. 180-181, aludindo à concepção de Max KASER.

365 Acerca da distinção dos planos, vide Introdução e comentário ao art. 307.

366 COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, pp. 180-181.

as da tradição³⁶⁷ e a certas regras peculiares às obrigações genéricas.³⁶⁸ Contudo, em razão das peculiaridades finalistas e funcionais das obrigações pecuniárias, ao “valor-soma” não se poderia aplicar totalmente, sem mediações, as regras relativas às obrigações de dar.³⁶⁹ Para lidar com essas dificuldades, a doutrina elaborou a distinção entre dívidas de dinheiro e dívidas de valor.

4.4. Dívidas de dinheiro, dívidas de valor e obrigações que têm a moeda como mercancia

Dívida em dinheiro é a que se representa pela moeda considerada em seu valor nominal, isto é, pelo importe econômico nela numericamente consignado.³⁷⁰ É aquela contraída em determinada moeda, e que deve ser adimplida pelo valor estampado na sua face, consistindo, assim, na mais acabada expressão do nominalismo.

Porém, a unidade monetária, por si só, não tem nenhum valor: materialmente, é um pedaço de metal ou de papel, por vezes é utilizado, de modo funcionalmente equiparado, mesmo um pedaço de plástico (no caso dos cartões de crédito e dos cartões de dívida),³⁷¹ às vezes outros meios sem nenhuma

367 COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 183.

368 Também assim ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 8ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 671.

369 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 8ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 671.

370 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 131.

371 Acerca da natureza jurídica do cartão de crédito, considerado um negócio jurídico unitário e complexo, e examinando as doutrinas que o qualificam como títulos de crédito, delegação de pagamento, por mandato e cessão de crédito, BRANCO, Gerson Luis Carlos. *O Sistema Contratual do Cartão de Crédito*. São Paulo: Saraiva, 1998.

materialidade, consistindo num mero impulso eletrônico, como nas aquisições realizadas pela Internet, quando apenas se indica, eletronicamente, o número de um cartão ou de uma conta-corrente bancária onde será descontado o débito: todos têm a mesma função jurídico-econômica, pois colocam à disposição do credor a efetiva importância devida, liberando o devedor.³⁷²

A expressão “dívida de dinheiro” não representa, pois, nem o valor material no qual expressa a unidade monetária, nem o valor de compra de produtos ou o valor de serviços, nem objetiva, nem subjetivamente. Ela é, simplesmente, *a forma material de uma vinculação monetária*, vinculação abstrata e, por isto, apta a comprar e a pagar tudo o que pode ser objeto de patrimônio. É este, diz El-Gamal, “o segredo que lhe permite desempenhar as funções prodigiosas nas relações econômicas”.³⁷³ Sendo assim, força é concluir que o dinheiro não tem um “valor em si”, e o que se chama de “valor da moeda” é o nível geral dos preços, dos produtos e dos serviços, o que não é matéria concernente ao sistema monetário, mas ao *sistema econômico*.³⁷⁴

Só com essas noções se pode alcançar a idéia de *dívida de valor*, assim sendo aquela cujo adimplemento é feito por intermédio de soma em dinheiro que representa determinado valor. O dinheiro não é objeto (indireto) da prestação por sua valia nominal, mas apenas o meio de mensurá-lo e valorá-lo.³⁷⁵ Nesta medida, o dinheiro está relacionado com determinados parâmetros,

372 Assinalando a identidade de função econômica, ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 8ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 671, p. 673.

373 EL-GAMAL, Mostapha Mohamad. *L'Adaptation du Contract aux Circonstances Économiques*, Paris: LGDJ, 1967, p. 40.

374 EL-GAMAL, Mostapha Mohamad. *L'Adaptation du Contract aux Circonstances Économiques*, Paris: LGDJ, 1967, p. 40.

375 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 131.

ou impostos pela lei, ou ajustados pelas partes nos limites em que a autonomia privada pode ser exercida. Modo geral, esses parâmetros são estabelecidos de antemão no título da obrigação, podendo também ser formulados de modo “aberto”, mediante o recurso às chamadas “cláusulas de *hardship*”, ou de renegociação.³⁷⁶

As obrigações resultantes de atos ilícitos, e todo e qualquer pagamento de perdas e danos, nas obrigações em dinheiro, representam dívidas de valor, sujeitas à correção monetária (arts. 404, 944, 946), bem como a obrigação de restituição fundada em enriquecimento sem causa (art. 884 e parágrafo único), a obrigação de indenização pelo equivalente (art. 947) e as dívidas de caráter trabalhista e alimentar. Por vezes, para obstar os efeitos maléficos do desequilíbrio econômico, provocado pela inflação, é a própria jurisprudência que transforma dívidas de valor nominal em valor real, aplicando-lhes a correção monetária.³⁷⁷

Não são consideradas dívidas de dinheiro e nem sequer dívidas de valor as obrigações que tenham por objeto (indireto) determinadas moedas ou notas individualizadas que, pelo seu valor numismático, histórico, decorativo, etc., interessam como simples mercadorias.³⁷⁸

4.5. Dívidas “em dinheiro” e dívidas “de dinheiro”

A regra legal refere expressamente o pagamento das “dívidas em dinheiro”. A expressão tem sentido lato, abrangendo qualquer *dívida*

376 Para as cláusulas de escala móvel e de *hardship*, vide comentários ao art. 316.

377 COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 187.

378 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 8ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, pp. 671-672.

pecuniária, assim sendo consideradas aquelas cuja prestação debitória consiste numa quantia em dinheiro (pecúnia): abarca, pois, a classificação das dívidas de dinheiro e das dívidas de valor.

5. Extensão do art. 315 e o “princípio do equilíbrio”

Um dos mais relevantes subprincípios que decorrem do dever de agir segundo a boa-fé objetiva é o “princípio do equilíbrio” em matéria contratual. Esse não atua apenas nas relações de consumo, embora aí tenha o seu domínio maximizado em razão da vulnerabilidade que é reconhecida ao consumidor: atua, por igual, nas relações de direito comum na medida em que, da boa-fé, nasce a função corretora do desequilíbrio contratual que encontra, como um de seus mecanismos de atuação, justamente a correção monetária.

Ora, a visualização desse mecanismo sob a perspectiva das virtualidades reconhecidas à boa-fé é relevante na apreciação da “situação de tensão” em que se encontram (como acentuamos no início destes comentários) os dois comandos insertos no art. 315. Assim sendo, muito embora a extensão conceitual da expressão “dívidas em dinheiro”, constante no art. 315, na verdade a regra é limitada pelos dispositivos dos arts. 316 e 317, o primeiro facultando às partes afastar-se do nominalismo monetário, o segundo impondo ao juiz o *poder-dever* de, a requerimento da parte, corrigir o valor (monetário) da prestação, para adequá-lo ao “valor real”, isto é, ao valor econômico. Também as limitam as já referidas regras dos arts. 404, 884, 944, 946 e 947. É que a dívida de valor tem um caráter transformista, em razão da existência dos dois “momentos” da relação obrigacional, o débito e a garantia, ou responsabilidade. Assim, quando a prestação se houver tornado impossível, por culpa do devedor, a dívida a ser adimplida é em valor

real (art. 239); também assim quando a prestação se dirige à entrega de um objeto, e este se deteriorou, por culpa do devedor, pode o credor exigir o equivalente mais perdas e danos (art. 236), o que é dívida de valor; por igual, na hipótese de prestação de restituir coisa, sendo o devedor culpado (art. 240), e no descumprimento de prestação de não-fazer (art. 251). Enfim, em todos os casos em que a obrigação não for adimplida no tempo, lugar e forma convencionados ocorre o fenômeno da transmutação – de dívida em dinheiro para dívida de valor – bem como nas hipóteses em que não se possa dar indenização *in natura*, a qual deve ser convertida em dinheiro, também transmutando-se em dívida de valor pelo mecanismo da correção monetária, cujos índices e forma de operação são impostos por lei, com caráter inderrogável pelo consenso das partes.

Art. 316. É lícito convencionar o aumento progressivo de prestações sucessivas.

Direito anterior – Sem correspondência no Código. O texto resultou de Emenda nº 34, do Senado, correspondente à Subemenda nº 38, ao art. 315 da Câmara dos Deputados.

Direito comparado – Sem paralelo.

COMENTÁRIO

1. A consagração do “aumento das prestações”

O universo do art. 316 vem bem delimitado pela palavra *aumento*: não se trata, pois, de “atualização do valor”, o que é logrado pela correção

monetária e pela cláusula de escala móvel. Examinemos as necessárias distinções.

2. O aumento das prestações

A regra abre ensejo ao estabelecimento, pelas partes, de parâmetros de aumento do valor das prestações, seja de forma “fechada” (isto é, já pré-constituída) ou “aberta”, mediante o estabelecimento do dever de renegociação, quando houver prestações sucessivas. Verifiquemos, primeiramente, qual o universo de incidência do art. 316, verificando, ao depois, essas duas possibilidades.

2.1. Obrigações com prestações sucessivas

A letra do art. 316 não deixa dúvidas: é lícito convencionar o “*aumento progressivo de prestações sucessivas*”. Assim sendo, a possibilidade prevista no art. 316 se não verifica nos contratos instantâneos ou de *execução única*, assim sendo aqueles em que as prestações são executadas em um só instante, ou seja, o adimplemento é imediato à formação, ou pouco tempo após, *mas se realiza em um só instante*. Também se não verifica, a nosso juízo, nos contratos instantâneos de execução diferida, nos quais a prestação está sujeita a um termo (prazo), mas é protraída no tempo, realizando-se num só instante, como ocorre na compra de um imóvel, a pagar, integralmente, em seis meses. Também não incide naqueles casos em que a prestação está sujeita também a um termo (prazo), mas cujo pagamento é, para uma ou para ambas as partes, protraído no tempo pela *divi-*

são em parcelas que dizem respeito a um único e mesmo adimplemento, o qual, todavia, é recortado em parcelas (ditas, na linguagem leiga, “prestações”), como ocorre na compra de um imóvel cujo valor é 100 mil reais, a serem pagos em 10 parcelas de 10 mil reais.

Nestas parcelas cabe, evidentemente, a correção monetária e mesmo a cláusula de escala móvel, mas não o *aumento*, como diz o *caput* do art. 316, que o vincula à existência de prestações “sucessivas”. O traço distintivo há de ser encontrado, pois, no *adimplemento*: nas prestações únicas, mesmo que o adimplemento seja protraído no tempo, pela divisão em parcelas, ele é um só. Cada uma das prestações (parcelas) que é paga, determina a extinção parcial do débito, até a extinção total do débito com a conseqüente extinção do contrato. Por isto entendemos que a regra incide apenas nos contratos que contêm “prestações sucessivas” (e não “parcelas sucessivas” *de uma mesma prestação*).

A expressão “prestações sucessivas” diz respeito, tecnicamente, aos contratos de duração, também chamadas “*obrigações duradouras*” ou de trato sucessivo, ou de execução continuada. Nestas, a prestação não pode ser adimplida em um só momento, pois o adimplemento necessariamente se vai realizando continuamente no tempo, permanentemente, e assim perdura a relação sem que seja modificado o conteúdo do dever de prestação, até o seu término, pela denúncia ou pela extinção do prazo, como ocorre nos contratos de locação, nos contratos de associação em um clube, no seguro-saúde e no seguro de vida, no arrendamento, no depósito, no contrato de trabalho, etc. O aumento será lícito se não infringir norma de ordem pública que imponha certos limites.

Nestes contratos, a duração do adimplemento, no tempo, pode ser estabelecida a) ou pelas partes (ambas), quando subordinam os efeitos do contrato a um evento futuro e certo (por exemplo, a cada ano, ou em cada

mês do ano, como acontece nas prestações de consultoria e assessoria em matéria contábil, financeira, nos serviços de assessoria informática, contratados por um escritório de advocacia, no aluguel, no arrendamento, etc.); b) ou por uma das partes, que exerce o direito de denúncia, como é exemplo a locação residencial por tempo determinado (30 meses): antes de fluídos os 30 meses, só o locatário pode denunciar imotivadamente. Nestes casos não há “parcelas” distribuídas no tempo, é a própria prestação, em sentido técnico, que se distribui no tempo, o que significa dizer que o adimplemento é prestado, sucessivamente, no tempo.

3. Correção monetária e “cláusula de escala móvel”

Como observamos no comentário ao art. 315, a correção monetária é mera atualização do valor da moeda, segundo índices e formas de operação dispostos cogentemente pelo Estado. Não há aumento no valor, o que ocorre é que o valor nominal é corrigido (“reajustado”), para se adequar ao valor real, dentro de limites impostos pelo Estado, obedecendo-se, para tal fim, ao “princípio da legalidade estrita”.³⁷⁹

Estes limites podem ser compatíveis, ou não, com o efetivo valor real, isto é, o valor dos produtos e dos serviços, em determinado momento. A

379 Como assentou o STJ em vários julgados, “a correção monetária, em nosso direito, está sujeita ao princípio da legalidade estrita, constituindo o seu primeiro pressuposto a existência de lei formal que a institua. Se o Estado democrático de direito adotou o princípio do nominalismo monetário, estabelecendo o valor legal da moeda, é juridicamente inadmissível que esta (moeda) tenha, “pari passu”, um valor econômico sem autorização legal. Só a lei é o instrumento adequado para instituir a correção monetária” (STJ, 1ª Seção, RESP 124.864 – PR, Rel. Min. Demócrito REINALDO, in DJ de 28.09.98).

correção pode ser, assim, menor do que aquela que adviria da aplicação de outros dos tantos índices formulados pelos economistas para mensurar a perda do valor da moeda, e normalmente o é, já se tendo assinalado que, “por mais injusta que possa ser, a correção monetária consiste, apenas, na parcela de inflação reconhecida por lei”.³⁸⁰

O mecanismo das chamadas “cláusulas de escala móvel” é similar, *embora não se confunda com a correção monetária*. Como indica Wald, clássico monografista na matéria, a cláusula de escala móvel, ou “de escalonamento”, ou ainda “cláusula número índice”, é aquela que

“estabelece uma *revisão*, pré-convencionada pelas partes, dos pagamentos que deverão ser feitos de acordo com as variações do preço de determinadas mercadorias ou serviços, ou do índice geral do custo de vida e dos salários”.³⁸¹

O seu objeto é a constituição de parâmetros, ajustados pelas partes, visando *corrigir a perda do valor do dinheiro* segundo índices ou equivalências que as partes mesmas elegem. Não se insere, pois, no âmbito da estrita legalidade, como a correção monetária, mas no da autonomia privada, sujeitando-se porém, como logo veremos, a certos limites, pois como averba excelentemente Ferri, “o problema da autonomia é, antes de tudo, um problema de limites e de limites que são sempre o reflexo de normas jurídicas”.³⁸²

380 STJ, 1ª Seção, RESP 124.864 – PR, Rel. Min. Demócrito REINALDO, in DJ de 28.09.98.

381 WALD, Arnoldo. *A Cláusula de Escala Móvel*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959, pp. 99-100.

382 FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. Tradução espanhola de Luis Sancho MENDIZABAL, Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 8.

Por isto é que, como aponta Silvio Rodrigues, “o problema da escala móvel não deve ser proposto dentro do ângulo individual, mas social”,³⁸³ dada a dimensão transindividual das relações econômicas, que interessam à sociedade em seu conjunto.³⁸⁴

Considerados os limites – que caracterizam normas de ordem pública –, as partes podem adotar determinado índice, nacional, geral, regional ou setorial, ou que pode ser o valor de certa mercadoria, o que é habitual em vendas agrícolas, fixando-se, por exemplo, a correção conforme o valor da saca de trigo, ou soja, ou da arroba do boi.³⁸⁵ Pode, ainda, ser o valor de outra moeda, mais estável, como o dólar norte-americano,³⁸⁶ ou, como ocorre na construção civil, pela adoção de índice setorial como o CUB.

383 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 2, p. 139, nota de rodapé, reportando-se à lição de Michel VASSEUR.

384 Aponta-se à cláusula de escala móvel um caráter inflacionário, pois aumenta os meios de pagamento. Veja-se RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, vol. 2, p. 139.

385 Exemplificativamente, a Medida Provisória n 2.223, de 4.09.2001 permite “nos contratos de comercialização de imóveis, de financiamento imobiliário em geral e nos de arrendamento mercantil de imóveis, bem como nos títulos e valores mobiliários por eles originados, com prazo mínimo de 36 (trinta e seis) meses, (...) a estipulação de cláusula de reajuste, com periodicidade mensal, por índices de preços setoriais ou gerais ou pelo índice de remuneração básica dos depósitos de poupança” (art. 15).

386 Nesse sentido, decisão do TJRS na Ap. Civ. nº 70000777052, 13ª C. Civ, Relator: Des. Marta Borges ORTIZ; j. em 08.05.2001, ementa *verbis*: “Consignação em pagamento. Contrato de compra e venda de veículo automotor, previsão de reajuste pela variação da taxa de câmbio do dólar norte-americano. Possibilidade. Não se cuida de contrato o qual preceitua o pagamento em moeda estrangeira, havendo simples referência a equivalência do valor das prestações em dólares. Apelo provido. Sentença reformada.”

4. A cláusula de *hardship*

Diferentemente da escala móvel, a cláusula de *hardship* não vincula o preço, desde já, a determinado parâmetro. Seu objetivo é o de estabelecer, no próprio contrato, o *dever de renegociar o preço*, se houver alteração das circunstâncias. É uma pré-figuração da possibilidade de reajuste, derivada da autonomia privada. Nascida na prática dos contratos internacionais³⁸⁷ a cláusula de *hardship* pode ser definida como a que permite às partes postular uma “nova arrumação” do contrato que as vincula *se e quando* uma mudança incidente sobre os dados iniciais da contratação vier a modificar o equilíbrio do contrato, a ponto de fazer sofrer, a uma delas, um rigor (*hardship*) injusto.³⁸⁸

Este ponto, sublinha Oppetit, marca bem a diferença entre a cláusula de *hardship* e as demais cláusulas de manutenção do valor, como a correção monetária e a cláusula de escala móvel: enquanto uma cláusula de manutenção do valor opera, em regra, de maneira automática, sem ser necessária a intervenção das partes ou do juiz, traduzindo-se pela substituição do valor da prestação que se tornou desatualizado, por um novo valor (conforme ao índice pré-acordado ou determinado por lei), a cláusula de *hardship* não tem um efeito automático: ela consiste, essencialmente, em

387 OPPETIT, Bruno. L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship. *Journal du Droit International*, Paris, nº 4, 1974, pp. 794-813; ULMANN, Harold. Droit et Pratique des Clauses de Hardship dans le Système Juridique Américain. *Revue de Droit des Affaires Internationales*, nº 7, 1988, pp. 889-902.

388 OPPETIT, Bruno. L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship. *Journal du Droit International*, nº 4, 1974, pp. 794-813, p. 797.

provocar uma renegociação do contrato, sempre que a mudança das circunstâncias ocorrer.³⁸⁹

A cláusula supõe, portanto, um evento exterior, mas nem sempre imprevisível ou extraordinário. Diz-se “evento exterior” para significar que a mudança nas circunstâncias não tem a sua causa imputável a uma das partes, ou à parte que é vítima da “*hardship*”. Esse evento exterior deve, ainda, ser “substancial”, no sentido de provocar uma modificação (substancial) na base contratual originária, o que não se aprecia de modo absoluto, mas relativo, isto é, em sua relação ao equilíbrio contratual perspectivado como um todo.

Entendemos que a expressão contida no texto do art. 316 – “é lícito convencionar o aumento progressivo das prestações” – corresponde à autorização para a utilização da cláusula também no Direito interno, assim, por exemplo, num contrato de honorários de advocacia, ou num contrato de *engineering*, devendo as partes preverem, no contrato, as condições em que pode ser invocada a cláusula.

Cabe à parte que a invoca demonstrar à outra que as circunstâncias concretas são de molde a justificar a mudança pretendida. Se as partes não entram em acordo, cabe, naturalmente, o recurso à arbitragem ou ao Judiciário, pois a significação, *in concreto*, do *harsdship*, constitui uma questão de interpretação.³⁹⁰

389 OPPETIT, Bruno. L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship. *Journal du Droit International*, n° 4, 1974, pp. 794-813, p. 797

390 ULMANN, Harold. Droit et Pratique des Clauses de Hardship dans le Système Juridique Américain. *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 7, 1988, pp. 889-902, pp. 892-893.

Evidentemente que o dever de renegociação, estabelecido por ato de autonomia negocial, não se furta ao controle do Estado, por meio do Judiciário, nem afasta o exercício do direito de ação, garantia fundamental e cláusula pétrea constitucional, salvo os casos de submissão à arbitragem, e nos seus limites. Assim sendo, sempre que houver litígio sobre os termos da negociação, sobre o próprio fato de ser devida, ou não, acerca dos parâmetros que deve seguir, etc., deve o Judiciário ser chamado a atuar,³⁹¹ exercendo o poder-dever de estabelecer limites à renegociação, que podem inclusive ser previstos por lei, como ocorre nos contratos submetidos ao Sistema Financeiro de Habitação,³⁹² que estabelece, como limite, o “comprometimento da renda familiar”.

391 Nesse sentido o TJRS, EMI n° 70002268514, 10° Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Des. Arnínio Jose ABREU LIMA DA ROSA, j. em 27.04.2001. Ementa: “Renegociação de Dívida. Crédito Rural. Resolução 2471, BACEM. Há que se ver o interesse público que contingencia o regramento creditício, não se podendo tolerar que instituição plena de capital estatal possa, a seu talante, deferir ou não renegociações, princípio da legalidade, art-5, II, CF/88. O princípio é de que as partes estão submissas às normas jurídicas, não se aceitando favorecimento ou indisposições por critérios objetivos, princípio da Ação. art-5, XXV, CF-88. Não se pode tolerar que, ao reconhecimento de direito subjetivo à renegociação, imponha-se a abdicação do direito de ação, notadamente quando a renegociação se apresenta estranha a decisões ainda não transitadas em julgado. Embargos Infringentes acolhidos, por maioria.”

392 STJ, RESP n° 255774/PB, 4° T., Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ de 27.08.01, p. 00343. Ementa: “Sistema Financeiro da Habitação. Consignação em Pagamento. Comprometimento da renda familiar. direito à renegociação assegurado pelo julgado recorrido. Fundamento não impugnado. (...) Não impugnados, permanecem incólumes os fundamentos expendidos pela decisão recorrida ao declarar o direito dos autores à renegociação da dívida, respeitado o limite máximo de comprometimento da renda familiar. Recurso especial não conhecido [...]”

5. Limites à pactuação do aumento progressivo

Discernidas as hipóteses de *aumento de valor* e de *atualização de valor*, cabe examinar os limites postos pelo Ordenamento à primeira hipótese. Estes limites, é bom frisar, não se encontram no texto do art. 316, antes derivando do *contexto normativo* no qual inserido, formado pelos demais princípios e regras do Código e pelos princípios constitucionais. Se a autonomia privada constitui, como assinalamos, sempre “uma questão de limites”, que traduzem, por sua vez, reflexos de normas jurídicas, já se conclui que a pactuação de aumento das prestações sucessivas não é passível de adoção em “qualquer contrato” ou numa série indefinida de situações. Examinemos estes limites.

5.1. Contratos que instrumentalizam prestações essenciais à pessoa

Tocando diretamente na ordem econômica e possuindo dimensão transindividual, como já sublinhamos, a pactuação do aumento progressivo sofre restrições de ordem ético-jurídica e legislativa, principalmente nos contratos em que interessam diretamente à subsistência pessoal, na sociedade de massas e de consumo, tais como os relativos a aluguéis, ao material de construção civil, ao preço dos alimentos, às mensalidades escolares, aos seguros, etc., etc. As *utilidades econômicas* asseguradas por estes contratos têm valor *existencial*, pois dizem respeito, diretamente, à concretização da *dignidade da pessoa humana*, que é valor fundante do Estado Democrático de Direito (Constituição Federal, art. 1º, inciso III) e ao livre desenvolvimento da personalidade humana. Mais ainda, tais utilidades não têm

dimensão exclusivamente individual, mas social ou *transindividual*. Trata-se da incidência, neste domínio, do princípio da *função social do contrato*, acolhido expressamente no art. 421.

Tendo em conta o princípio da dignidade da pessoa e a função social, Teresa Negreiros alerta para o que chama de “paradigma da essencialidade”, que está a envolver certos contratos em conformidade à qualidade do bem contratado. Partindo da premissa de que “as necessidades humanas não podem ser um elemento ao qual a teoria contratual se mantenha indiferente”,³⁹³ sob pena de tal teoria virar as costas aos princípios constitucionais,³⁹⁴ propõe que, à tradicional divisão dos bens, se agregue a distinção entre bens essenciais e supérfluos, “levando em conta a destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado.”³⁹⁵

Com efeito, em relação a certas utilidades que se instrumentalizam por via de contratos, o papel essencial do bem que é o seu objeto indireto para a própria sobrevivência humana se deve traduzir numa *especial qualificação*, o que deriva justamente da coligação entre os princípios da dignidade da pessoa e da função social dos contratos (art. 421), a qual é, fundamentalmente, *função social do bem instrumentalizado pelo contrato*. Note-se que esta “qualificação especial” já é, de certa forma, acolhida pelo Ordenamento: a Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, qualifica como crime “recusar individual-

393 NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas, tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, novembro de 2001, p. 257, inédita.

394 NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas, tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, novembro de 2001, p. 257, inédita.

395 NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas, tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, novembro de 2001, p. 257, inédita.

mente em estabelecimento comercial a prestação de *serviços essenciais à sobrevivência*".³⁹⁶ O parágrafo único do art. 2º considera, como "de primeira necessidade ou necessários ao consumo do povo",

"os gêneros, artigos, mercadorias e qualquer outra espécie de coisas ou bens indispensáveis à subsistência do indivíduo em condições higiênicas e ao exercício normal de suas atividades. Estão compreendidos nesta definição os artigos destinados à alimentação, ao vestuário e à iluminação, os terapêuticos ou sanitários, o combustível, a habitação e os materiais de construção".³⁹⁷

Ora, se a lei tipifica como crime a não-prestação ou a sonegação dessas utilidades, nada impede que se recorra a uma qualificação que já foi feita, democraticamente, pelo Poder Legislativo, para utilizá-la como *topoi* para a concretização dos limites à pactuação de aumento quando em detrimento destes bens essenciais. Já por esta razão – à qual se soma a circunstância de, comumente, tais contratos serem formados por adesão – se pode afirmar que a convenção do aumento sucessivo estará vedada sempre que se tratar de contrato cuja prestação caracterize bem essencial para a pessoa humana e quando vier em prejuízo de seu legítimo acesso às utilidades (essenciais) proporcionadas pelo bem.

396 Lei dos Crimes contra a Economia Popular (Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951), art. 2º, inciso I, grifamos.

397 Grifamos.

Porém, a "essencialidade do bem" se deve prender, em nossa percepção, não a um critério subjetivo (isto é, a destinação conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado), mas a um *critério objetivo*, embora historicamente relativo: são objetivamente essenciais as utilidades referidas no parágrafo único do art. 2º da Lei dos Crimes contra a Economia Popular, e ainda as utilidades proporcionadas pela educação, saúde, trabalho ou meios de subsistência econômica, transporte coletivo, energia elétrica e outros que se põem instrumentalmente para assegurar a dignidade da pessoa e o livre desenvolvimento da personalidade.³⁹⁸

Observe-se que o próprio Código Civil, no parágrafo único do art. 2.035 determina que "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos". Ao comentar esta cláusula geral, observou Ruy Rosado de Aguiar a sua função hermenêutica, de *avaliação das cláusulas contratuais*, "afastáveis na medida em que forem contrárias à ordem pública"³⁹⁹ e, juntamos, quando inviabilizarem a função social do contrato.

Porém, uma avaliação diversa será devida, por exemplo, numa contratação entre empresários, não-atinente a bens essenciais e ausente ou íntima a assimetria entre as partes.

398 Não apenas a pactuação do aumento progressivo, mas também a vedação ou a limitação à cláusula de escala móvel não é matéria estranha ao nosso Direito. Legislativamente, as cláusulas de escala móvel passaram a ser progressivamente restringidas. Desde 1975, por exemplo, está proibido o reajustamento com base no valor do salário mínimo. Hoje vigora a proibição da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, que instituiu o "Plano Real", com as modificações posteriores, em especial a da Medida Provisória nº 1.875-56, de 22 de dezembro de 1999, que veda, em seu art. 1º, quaisquer estipulações de pagamento expresso ou vinculado a ouro ou moeda estrangeira e coíbe, para as obrigações que nomina, a adoção de quaisquer outros índices ou periodicidade de reajustamentos estranhos aos que determina (v.g., art. 25, § 7 e art. 27).

399 AGUIAR JR., Ruy Rosado. As Obrigações e os Contratos. *Revista do CEJ*, 9, Brasília, 1999, p. 35.

5.2. A convenção de aumento progressivo das prestações e os negócios lesionários

Em boa hora o Código reconheceu, como defeito do negócio, a lesão (art. 157), defeito que pode conduzir ou à anulação do pactuado ou à sua revisão (§§ 1º e 2º), o que constitui novidade em relação ao Código de 1916, muito embora o instituto da lesão, com origens romanas, mas elaborado pelo *ius commune*, seja figura antiqüíssima em nosso Direito.

Na fórmula acolhida pelo Código, ocorre o defeito no negócio jurídico “quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”, admitindo a lei a suplementação da contraprestação ou a redução do proveito, para afastar a consequência anulatória. Segundo Moreira Alves, a lesão ocorre quando há a “usura real”, não sendo necessário que a outra parte saiba da necessidade ou da inexperiência, pois “ao contrário do que ocorre com o estado de perigo em que o beneficiário tem que conhecê-lo, na lesão o próprio conhecimento é indiferente para que ela se configure”,⁴⁰⁰ o que significa dizer que em nosso Direito mantém-se a tradição salutar de considerar a lesão objetivamente.

Também seguindo a tradição que vem do *ius commune*, expressa nas Ordenações e na Consolidação de Teixeira de Freitas, o negócio pode convaler se for oferecido suplemento, determinando o Código que a desproporção se apure segundo os valores vigentes ao tempo do ato (art. 157, § 1º), o que indica se ter afastado, o novo Código, não só do sistema francês,

400 MOREIRA ALVES, José Carlos. *O Projeto de Código Civil no Senado*, tomo II, Brasília, Senado Federal, 1998, p. 015.

mas também do sistema alemão e do italiano — e, portanto, do adotado pelo Código Civil português de 1967 — não se preocupando em punir a atitude maliciosa do favorecido, mas em tutelar o lesado.⁴⁰¹

Tal como ora introduzida, a lesão é um defeito que se instala no *momento da conclusão* do negócio, já impedindo a formação do sinalagma genético, razão pela qual, no nosso entender, pressupõe contrato oneroso, bilateral e comutativo, conduzindo ao seu desfazimento. É defeito do negócio, centrado em dois elementos característicos, a desproporcionalidade das prestações e a premente necessidade ou a inexperiência. Esta, como acentua Caio Mário da Silva Pereira,⁴⁰² não reside no fato de o contratante ser levado a concluir o contrato em virtude de maquinações da outra parte, ou de ser coagido a fazê-lo (*vis compulsiva*), antes sendo caracterizada pelo efetivo pouco trato do lesado com aquele tipo de contrato, seja porque não-afeito aos negócios, ou porque carente de conhecimento sobre a natureza do contrato que celebra, v.g., por não dispor de informação adequada acerca do negócio que realiza, ou sobre as reais condições do mercado.

À vista destes elementos deve, portanto, o juiz apreciar se houve ou não lesão principalmente quando pactuado o “aumento progressivo das prestações” em *contratos de adesão*, incidindo então, e também, o princípio da tutela ao aderente (arts. 423 e 424).

401 MOREIRA ALVES, José Carlos. *O Projeto de Código Civil no Senado*, tomo II, Brasília, Senado Federal, 1998, p. 015.

402 SILVA PEREIRA, Caio Mário, *Lesão nos Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 4ª Edição, 1993, p. 199.

5.3. A convenção de aumento progressivo das prestações e a ordem pública econômica

Para além dos limites que dizem com a manutenção de um patamar que viabilize os princípios da dignidade da pessoa e da função social, a adoção de aumento progressivo das prestações sucessivas também encontra limites na *ordem pública econômica*.

Essa expressão, introduzida na linguagem jurídica nos meados do séc. XX,⁴⁰³ diz respeito ao conjunto das medidas empreendidas pelo Poder Público, tendentes a organizar as relações econômicas, segundo Farjat,⁴⁰⁴ sendo diversa da expressão “ordem pública” compreendida em seu sentido clássico, ou liberal.

No sentido liberal, a ordem pública se manifesta como uma ordem de exceção a uma liberdade negocial que se quer absoluta, impondo, assim, apenas limites ou proibições. Contudo, diante das características da Constituição de 1988, com a qual o art. 316 (e, aliás, toda a legislação nacional) se encontra ligado, há de se compreender a ordem pública na acepção de “ordem pública econômica”, englobando a ordem pública de direção e a ordem pública de proteção. O sentido não é mais, portanto, apenas negativo, mas positivo: da ordem pública de proteção nascem efeitos e funções de proteção.

É que, enquanto a *ordem pública de direção* é a que tende a estabelecer uma certa organização na economia nacional, intervenção por dire-

403 Para a trajetória do conceito, e suas vicissitudes, vide GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, capítulo 2, pp. 43 *et seq.*

404 FARJAT, Gérard. *Droit Économique*. 2ª ed, Paris: PUF, 1982, pp. 49-50, *apud* GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 44.

ção,⁴⁰⁵ a *ordem pública de proteção* tem entre os seus fins o de proteger, nas relações obrigacionais, a parte mais fraca, como ocorre nas relações obrigacionais de consumo. Ambas dizem respeito, fundamentalmente, às obrigações e aos contratos, instrumentos de circulação econômica de produtos e de serviços.

Com efeito, a par de situar, no art. 170, os princípios reitores da ordem econômica, na Constituição está escrito que o “mercado interno integra o patrimônio nacional” (art. 219, primeira parte). Está, assim, sujeito às técnicas de intervenção que não são meramente limitativas, ou excepcionais, mas também positivas e propositivas, como as normas premiais, incentivadoras de certas atividades ou setores da economia.

Assim sendo, principalmente nos contratos que instrumentalizam necessidades essenciais da comunidade, contratos de fornecimento de produtos e serviços, e nos contratos que regulam relações de consumo (embora não apenas neles), a pactuação do aumento sucessivo das prestações (seja a própria licitude da pactuação, seja o seu conteúdo) está sujeita a observar a legislação especial, seja a relativa às normas de defesa da concorrência,⁴⁰⁶

405 A expressão é de GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 47.

406 O abuso de poder econômico ocorre, em síntese, quando empresa se aproveita de sua condição de superioridade econômica para prejudicar a concorrência, inibir o funcionamento do mercado ou aumentar arbitrariamente os seus lucros. A matéria é regulada pela Lei nº 8.884, de 11.06.94 (em especial os arts. 20 e 21, que tipificam as infrações à ordem econômica), Lei nº 9.021, de 30.03.95 e Lei nº 9.784, de 29.01.99, referente ao processo administrativo), e ainda por atos normativos expedidos pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

da tutela do consumidor,⁴⁰⁷ de defesa comercial,⁴⁰⁸ a das agências reguladoras, de defesa do meio ambiente, de tutela do crédito rural, etc.,⁴⁰⁹ bem como os princípios antes destacados: tais normas incorporam os efeitos materiais da ordem pública de direção e podem limitar ou impedir a eficácia do pacto de aumento das prestações.

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Direito anterior – Sem paralelo no Código Civil, embora a regra fosse prevista em leis especiais, como a Lei nº 8.666 de 1995, para os contratos administrativos. Também vigente, sob outra formulação, no Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, inciso V, segunda parte⁴¹⁰ e nos contratos de locação residencial (Lei nº 8.245, de 18.10.91, art. 68, e Lei nº 9.069, de 29.06.1995, art.

407 Constitui crime contra a ordem econômica e contra as relações de consumo, exemplificativamente, “elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado” (Lei 8.137, de 27.12.90, art. 4º, inciso VII). É, por sua vez, “prática infrativa”, “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva” (Dec. 2.181, de 20.03.97, art. 12, inc. VI).

408 De modo especial a Lei nº 9.019, de 30.03.95 (relativa à repressão da prática do *dumping*).

409 Lei nº 9.984, de 17.07.2000 (dispondo sobre a Agência Nacional de Águas – ANA); Lei nº 5.070, de 7.07.66 (cria o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações) e Lei nº 9.472, de 16.07.97 (dispõe sobre os serviços de telecomunicações e a Agência Nacional de Telecomunicações, ANATEL); Lei nº 9.427, de 26.12.96 (institui a Agência Nacional de Energia Elétrica, ANEEL); Lei nº 9.478, de 6.08.97 (dispõe sobre a política energética e cria a Agência Nacional do Petróleo, ANP) com as alterações da Medida Provisória 2.127-5, de 27.12.2000; Lei nº 9.961, de 28.01.2000, relativa à Agência Nacional de Saúde, ANS; Lei nº 9.782, de 26.01.1999 (define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ANVISA).

410 *Verbis*: “São direitos do consumidor:

21, § 4º).⁴¹¹ O princípio da revisibilidade por excessiva onerosidade vinha, por vezes, tendo aplicação jurisprudencial sob diversas formulações (Teoria da Imprevisão, Teoria da Excessiva Onerosidade, Teoria da Base Objetiva do Negócio, o princípio do enriquecimento sem causa ou o direto chamamento da cláusula *rebus sic stantibus*).

Direito comparado – Código Civil italiano, art. 1.467; na Alemanha, por concreção judicial do § 242; Código Civil português, art. 437.

COMENTÁRIO

1. *Fattispecie* prevista

Trata-se da consagração legislativa da *revisão judicial* das prestações em virtude de desequilíbrio ou desproporção, superveniente à formação da relação obrigacional. Não prevista no Código de 1916, e até mesmo rejeitada por princípios dele dedutíveis (v.g. art. 1.246), a revisão já vinha sendo

[...]

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”

411 *Verbis*: As obrigações pecuniárias em Cruzeiros Reais, com cláusula de correção monetária baseadas em índices de preços, em que a periodicidade de reajuste pleno é maior que a periodicidade de pagamento, serão convertidas em REAL, no dia 1º de julho de 1994, de acordo com as disposições abaixo:

[...]

§ 4º Em caso de desequilíbrio econômico-financeiro, os contratos de locação residencial, inclusive os convertidos anteriormente, poderão ser revistos, a partir de 1º de janeiro de 1995, através de livre negociação entre as partes, ou judicialmente, a fim de adequá-los aos preços de mercado, sem prejuízo à ação revisional prevista na Lei nº 8.245, de 1991.

go Civil português, arts. 554 e ss. e 558 (permitindo a convenção); Código Civil espanhol, art. 1.170 (permitindo a convenção).

COMENTÁRIO

1. Extensão da regra

Originalmente, o Código de 1916 permitia o pagamento em moeda estrangeira, antes de a moeda brasileira ter curso forçado entre nós.⁴⁶⁸ Sua origem estava em projeto preparatório ao BGB, incorporado, a final, no § 318 daquele Código, com algumas diferenças de forma.⁴⁶⁹ Posteriormente, com a adoção do curso forçado da moeda, restou cortada a licitude do adimplemento de prestação em moeda estrangeira, ou em ouro — o que ainda vigora entre nós —, de modo que o art. 318, se desprendendo de suas fontes legislativas, hoje tem autonomia: embora constitua um reforço ao já determinado no art. 315, abre, contudo, a possibilidade de legislação especial regular diversamente.

Nos comentários ao art. 315 observamos que a expressão “moeda corrente” designa a moeda que tem curso legal em determinado território, assim como hoje o real tem entre nós.⁴⁷⁰ Curso legal “é o efeito liberatório

468 Vide comentário ao art. 315.

469 PONTES DE MIRANDA. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 217.

470 Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, art. 1, *in verbis*: “A partir de 1 de julho de 1994, a unidade do Sistema Monetário Nacional passa a ser o REAL (Art. 2 da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994), que terá curso legal em todo o território nacional.”

nos pagamentos, que a lei atribui a uma ou mais moedas num determinado país”⁴⁷¹ enquanto o curso forçado é o que tem a moeda “quando a lei determina que um certo padrão monetário dotado de curso legal tem de ser obrigatoriamente aceito pelo credor, não podendo ser recusado o seu valor liberatório pela convenção das partes”.⁴⁷² Para estabelecer a força liberatória dos meios de pagamento, o Estado estabelece uma relação entre esses meios e a unidade monetária.⁴⁷³

É justamente o que ocorre no Brasil onde, desde o Decreto nº 23.501, de 27 de novembro de 1933,⁴⁷⁴ são consideradas nulas as estipulações de pagamento em ouro, ou outra espécie monetária que não a moeda corrente, salvo exceções previstas em lei.

Como regra geral tem-se, pois, a invalidade *ipso iure* do pagamento feito em ouro ou em moeda estrangeira, pois a licitude é condição de validade dos negócios jurídicos (art. 104, II). Se considerarmos o pagamento como integrante da categoria dos atos-fatos, esse será atingido pela ineficácia.

471 SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. 2, p. 86.

472 SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. 2, p. 86.

473 EL-GAMAL, Mostapha Mohamad. *L'Adaptation du Contract aux Circonstances Économiques*. Paris: LGDJ, 1967, p. 39.

474 Este Decreto foi revogado pelo art. 4 do Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969 que, em seu § 1º repete a proibição de estipulação de pagamento em ouro ou em qualquer outra moeda, nos seguintes termos: “São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal da moeda.”

2. Hipóteses de licitude de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira

A legislação especial, neste campo, atine à ordem pública de direção, sendo, por isto, bastante mutável, ao sabor da política econômica efetivamente seguida. A título meramente exemplificativo, excetuam-se da regra do art. 318:

Decreto-lei nº 857, de 11.09.69 e a Lei nº 9.069, de 26.06.95, que instituiu o “Plano Real”, bem como a Lei nº 10.192, de 14.02.01, com medidas complementares ao “Plano Real” que veda, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de pagamento “expressas em, ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira, ressalvado o disposto nos arts. 2 e 3 do Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969 e na parte final do art. 6 da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994”.

As exceções aludidas concernem aos contratos e títulos referentes a importação e exportação de mercadorias; aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacional, vendidos a crédito para o Exterior; aos contratos de compra e venda de câmbio em geral; aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no Exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados em território nacional; os contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas nos contratos de empréstimo antes referidos.

Tendo presente o universo dos contratos internacionais que escapam à regra geral, pode-se visualizar a seguinte classificação:⁴⁷⁵ a) os “contratos objetivamente internacionais”, pois assim considerados em decorrência do

⁴⁷⁵ Conforme STUBER, Walter Douglas, em *Os Contratos em Moeda Estrangeira ou Indexados à Variação Cambial no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, in www.migalhas.htm.

seu objeto e que compreendem os contratos de compra e venda internacional (contratos e títulos referentes à importação ou exportação de mercadorias); os contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacional, vendidos a crédito para o exterior; e os contratos de câmbio (contratos de compra e venda de câmbio em geral); b) os “contratos subjetivamente internacionais”, assim tidos aqueles em que uma das partes é pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no exterior, abrangendo os empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente ou domiciliada fora do Brasil,⁴⁷⁶ mas excluindo os contratos de locação de imóveis situados no território nacional, sempre considerados contratos internos, ainda que ambas as partes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no exterior; e, c) contratos acessoriamente internacionais, tal como o contrato de repasse de empréstimo externo.⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ *V.g.*, o contrato de empréstimo externo, no qual o banco brasileiro capta os recursos em moeda estrangeira da instituição financeira internacional, exclusivamente com a intenção de transferir esses recursos já convertidos em reais ao mutuário final, que é a empresa brasileira, e a empresa brasileira assume o ônus inerente à variação cambial que vier a ocorrer até a data do efetivo pagamento do empréstimo externo (cláusula de paridade cambial), conforme indica STUBER, Walter Douglas, em *Os Contratos em Moeda Estrangeira ou Indexados à Variação Cambial no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, in www.migalhas.htm

⁴⁷⁷ Explica STUBER: “O contrato de repasse é celebrado entre duas pessoas residentes ou domiciliadas no Brasil (um banco brasileiro, como credor, e uma empresa brasileira, como devedora), mas preserva a sua característica internacional porque se origina de um contrato de empréstimo externo firmado entre uma instituição financeira estrangeira, como credora, e esse banco brasileiro, como devedor. O contrato de empréstimo externo é um contrato subjetivamente internacional. Nessa modalidade de operação, o banco brasileiro capta os recursos em moeda estrangeira da instituição financeira internacional, exclusivamente com a intenção de transferir esses recursos já convertidos em reais ao mutuário final, que é a empresa brasileira, e a empresa brasileira assume o ônus inerente à variação cambial que vier a ocorrer até a data do efetivo pagamento do empréstimo externo (cláusula de paridade cambial). (STUBER, Walter Douglas, em *Os Contratos em Moeda Estrangeira ou Indexados à Variação Cambial no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, in www.migalhas.htm).

3. Contratos de exportação: a distinção entre “moeda de conta” e “moeda de pagamento”

Consistindo uma das exceções à regra do art. 318 aos contratos de exportação, cabe bem distinguir entre a “moeda de conta” e a “moeda de pagamento”. A primeira é aquela em que a obrigação será contratada, podendo exercer também a função de moeda de pagamento se este for feito no Exterior. Se o pagamento, ao revés, for feito no Brasil, o real será a moeda de pagamento e a moeda de conta funcionará como unidade de conta, no cálculo do preço.

Exemplificativamente, nos contratos entre os bancos brasileiros e os financiadores, no Exterior, a moeda externa contratada é moeda de conta e moeda de pagamento, mas nos repasses internos, no Brasil, o real é a moeda de pagamento.⁴⁷⁸ Nas operações de câmbio de exportação, os pagamentos no Exterior são feitos, em regra, pelos importadores, em moeda de curso internacional (dólar, euro, etc.). No Brasil, explica Vidigal, a moeda internacional funciona como unidade de conta no cálculo do preço de exportação, que é pago, ao exportador, ao final, em moeda corrente brasileira (“moeda de pagamento”).⁴⁷⁹

Assim sendo, observa-se que os contratos internacionais podem estipular pagamento em moeda estrangeira ou serem indexados à variação cambial, desde que observados os postulados da legislação cambial vigente para fins de remessa ao Exterior. Diversamente, os contratos internos não podem ser expressos em moeda estrangeira, nem ser indexados à variação

478 VIDIGAL, Geraldo de Camargo, Padrão Monetário e Estipulação Contratual, em *Direito Monetário*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Bancário, 1995, p. 9.

479 VIDIGAL, Geraldo de Camargo, Padrão Monetário e Estipulação Contratual, em *Direito Monetário*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Bancário, 1995, p. 9.

cambial, a menos que tenham custos de produção ou dos insumos utilizados cotados em moeda estrangeira e uma periodicidade igual ou superior a um ano. As mesmas regras aplicam-se aos contratos em que uma das partes é órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme determina o art. 3º da Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001: a questão do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos internos opera segundo a normativa do próprio Código Civil, seja na forma dos arts 316 e 317, seja mediante a revisão, tal como permitido não apenas no art. 317, mas, por igual, no art. 157, parágrafo segundo (no caso de haver desproporção contemporânea à formação do ajuste), e nos arts. 478 e 479, na hipótese de a desproporção entre as prestações derivar de excessiva onerosidade.

Art. 319. O devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada.

Direito anterior – Código Comercial, arts. 252 e 434; no Código de 1916, art. 939.

Direito comparado – Código Civil alemão, § 368; Código Civil italiano, art. 1.199; Código Civil português, art. 787; Código das Obrigações suíço, art. 88.

COMENTÁRIO

1. Quitação e prova do pagamento

A regra do art. 319, tradicional em nosso Direito, inaugura, na Seção III do Capítulo I, a matéria concernente à prova do pagamento. A quitação

credor de ter como adiantado o vencimento da dívida não se estende aos outros co-devedores, se solventes forem. Portanto, só a quota correspondente ao devedor insolvente (ou o que tenha o seu patrimônio comprometido, ou não possa usar o seu poder de disposição) poderá ser antecipada.

SEMINÁRIO 9

CAPÍTULO II DO PAGAMENTO EM CONSIGNAÇÃO

Art. 334. Considera-se pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e forma legais.

Direito anterior – No Direito anterior ao Código de Beviláqua o depósito judicial era forma reconhecida de pagamento, assim reconhecida no Direito justinianeu (Cod. 4, 32, 1.19; 8, 43, 1, 9) e assim estatuinto já o direito legislado brasileiro no art. 393 do Regulamento 737. No Código Comercial, arts. 204 e 437. No Código de 1916, art. 972, e no *Esboço*, de Teixeira de Freitas, art. 1.079. No Código de Processo Civil, arts. 890 a 906. Também no Código Tributário Nacional, arts. 156 e 164 e na Lei nº 8.245, de 18.10. 1991 (Lei do Inquilinato).

Direito comparado – Código Civil francês, art. 1.257; Código Civil argentino, art. 756; Código Civil espanhol, art. 1.176, 1ª alínea; Código Civil alemão, § 372; Código Civil italiano, art. 1.210, 1ª alínea; Código Civil uruguaio, art. 1.481; Código Civil chileno, arts. 1.598 e art. 1.599; Código Civil português, art. 841.

COMENTÁRIO

1. A consignação, como forma de pagamento indireto

O art. 334 introduz, no novo Código, as formas de pagamento indireto. Observamos, ao comentar o art. 304, que o adimplemento é a realização, pelo devedor, da prestação concretamente devida, satisfatoriamente, ambas as partes tendo observado os deveres derivados da boa-fé que se fizeram