

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Ticiana Liarte De Meo

**Onerosidade Excessiva nos Contratos fixados
em Moeda Estrangeira**

São Paulo

2013

Ticiana Liarte De Meo

**Onerosidade Excessiva nos Contratos fixados
em Moeda Estrangeira**

Trabalho de conclusão do curso de Pós Graduação Lato Sensu de Direito Contratual apresentado à quantidade requisita à obtenção de grau Especialista em Direito Contratual.

Orientadora: Professora Doutora Greice P. Fuller

São Paulo

2013

AGRADECIMENTO

Quero agradecer, em primeiro lugar, aos meus pais, pelo apoio durante toda esta caminhada, a minha orientadora, pelo incentivo e dedicação que tornaram possível a realização desta monografia e em especial a um amigo pela força e empenho que tornaram possível o recolhimento dos frutos desse projeto.

RESUMO

O objetivo desse estudo é demonstrar a possibilidade de revisão e resolução dos contratos no momento de sua formação ou posterior a sua formação, ou seja, durante sua execução, por onerosidade excessiva ou por fatos supervenientes à contratação. Assim o momento da análise da desproporção ou prejuízo causado a um dos contratantes é aspecto fundamental do estudo da caracterização da lesão, tema levantado nesse estudo que serve inclusive para diferenciar a teoria dos institutos aplicados pelos contratantes lesados que requerem a revisão contratual.

Nesse contexto é traçado um limiar sobre as teorias de revisão contratual aplicados em nossa legislação tanto pelo Código Civil como pelo Código de Defesa do Consumidor, referenciando se os momentos cabíveis que podem ser opostos os institutos da onerosidade excessiva e o da teoria da imprevisão.

Em seguida foram analisados tais conceitos aos contratos de execução continuada, onde pode se observar a aplicação da teoria da revisão contratual em casos excepcionais, desde que cumpridos certos requisitos conforme mostraremos nesse estudo.

Posteriormente abordamos a aplicação nos contratos de execução continuada à possibilidade legal de se atrelar o pagamento e a correção da moeda estrangeira tendo em vista demonstrar que os contratantes cada vez mais tem assumido o risco do negócio ao acordarem pelo pagamento do negócio através da moeda estrangeira, modo de solução tão comum em nosso tempos, e sobrevindo flutuação ou variação natural do câmbio no mercado financeiro que afetem o negócio, a possibilidade da aplicação da revisão contratual ou a possibilidade de substituição por outro índice de reajuste, como o INPC, como tem entendido alguns legisladores, como demonstraremos abaixo, a fim de evitar o desequilíbrio contratual e um enriquecimento irregular de um dos contratantes.

Palavras-chave: revisão contratual; onerosidade excessiva; fatos supervenientes; teoria da imprevisão; contratos de execução continuada; correção da moeda estrangeira; flutuação do câmbio; índice de reajuste.

ABSTRACT

The objective of this study is to demonstrate the possibility of revision and termination of contracts at the time of its formation or after their formation, in other words, during execution, by excessive burden or supervening events to hiring. So far the analysis of disproportion or injury caused to one of the hirer is a fundamental aspect of the study of lesion characterization, theme raised in this study that also serves to differentiate the theory of institutions applied by hirer injured requiring contractual review.

In this context one threshold is drawn on theories of contract review our legislation applied in both the Civil Code and the Code of Consumer Protection, referencing the moments that may be applicable institutes of excessive burden or the theory of unpredictability.

Then these concepts were analyzed to contract of continued execution where you can observe the application of the theory of contract review in exceptional cases, provided that certain requirements being met as we show in this study.

Featured approach the application in contract of continued execution the legal possibility to put up and fix the payment of foreign currency in order to demonstrate that the hirer have increasingly assumed the risk of the business by agreeing to pay the business through foreign currency, solution as common mode currents at times, and natural occurring variation or fluctuation of exchange rates in the financial markets affecting the ability of the business application of contractual review or the possibility of substituting another adjustment index, as INPC, as some legislators have understood, below will demonstrate how, to avoid contractual imbalance and culminating in an irregular enrichment of one of the hirer.

Keywords: contract review; excessive burden; supervening events; theory unpredictability; contract of continued execution; correction of foreign currency; fluctuation of exchange; adjustment index.

SUMÁRIO

INDRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 – TEORIA CONTRATUAL.....	9
1.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	9
1.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS AO DIREITO DOS CONTRATOS.....	9
1.2.1 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	10
1.2.2. PRINCÍPIO DA BOA FÉ.....	10
1.2.3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE.....	12
1.2.4 PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS.....	13
CAPÍTULO 2 – LESÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO	14
2.1. CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO E TEORIAS.....	14
2.2. NEGÓCIO JURÍDICO NO CC DE 2002.....	15
2.3. CONCEITO DE LESÃO	16
2.4. NATUREZA JURÍDICA DE LESÃO.....	17
2.5. LESÃO CDC E CC 2002.....	18
2.6. MOMENTOS DE APRECIÇÃO DA LESÃO	19
CAPÍTULO 3 – ONEROSIDADE EXCESSIVA	21
3.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	21
3.2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	22
3.3. ONEROSIDADE EXCESSIVA NO MOMENTO DA FORMAÇÃO DO CONTRATO	24
3.4. EFEITOS DA ONEROSIDADE EXCESSIVA	24
3.5. TEORIA DA IMPREVISÃO NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	27
Quadro comparativo das diferentes teorias	30
3.6. TEORIA DA IMPREVISÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO	30
CAPÍTULO 4 – CONTRATO DE EXECUÇÃO CONTINUADA ATRELADO À MOEDA ESTRANGEIRA.....	33
4.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES:	33
4.2. CONCEITO DE CONTRATO DE EXECUÇÃO CONTINUADA.....	33
4.3. A INDEXAÇÃO DO CONTRATO FIXADO EM MOEDA ESTRANGEIRA	35

4.4. APLICAÇÃO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CONTRATOS INDEXADOS EM MOEDA ESTRANGEIRA	37
4.5. ANÁLISE DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA QUANTO A PERMISSÃO DA REVISÃO CONTRATUAL VINCULADA À MOEDA ESTRANGEIRA.....	39
4.6. INPC COMO SUBSTITUTO DO INDEXADOR ESTRANGEIRO.....	41
CONCLUSÃO.....	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

INDRODUÇÃO

Apesar da revisão contratual ser um tema que já vem sendo tratado por muitos doutrinados, o objetivo do presente estudo é analisar a possibilidade da revisão contratual por onerosidade excessiva em contratos fixados em moeda estrangeira, já que os contratantes cada vez mais tem optado em acordarem pelo pagamento do negócio através da moeda estrangeira, e assim, assumem o risco da flutuação ou variação natural do câmbio no mercado financeiro.

Nesse contexto, temos como relevante a abordagem no Capítulo 1 da teoria contratual e dos princípios fundamentais ao direito dos contratos declinando sobre as mudanças históricas que modificaram a figura dos contratos que partiam da premissa da autonomia privada e de que as partes eram absolutamente iguais para serem condicionados, por exemplo pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva.

Tratamos também do princípio da autonomia da vontade, caracterizado pela liberdade das partes de contratar, de acordo de vontades e o princípio da força obrigatória dos contratos que define que os contratantes devem cumprir os termos e objeto da contratação, não podendo evitar suas consequências, a não ser com anuência do outro.

Já no Capítulo 2 tratamos do conceito do negócio jurídico que é onde o particular exerce seu poder de ditar regras, com o objetivo de autorregular a sua própria esfera de interesse e cuja eficácia decorre do poder que o Estado outorga aos indivíduos de autorregular-se em seu âmbito privado. O negócio jurídico é a base de nosso estudo, uma vez que é nele que podemos notar a presença da lesão.

Em seguida tratamos do conceito de lesão no ordenamento jurídico que faz referência a uma “desproporção”, um defeito do negócio jurídico, que deve ser analisada pelo judiciário para se verificar se o vício pode ser plausível de invalidação do contrato.

Ressaltamos que não basta que haja tal “desproporção”, é necessário que se verifique o momento que tal lesão foi apresentada e quando surgiu tal desigualdade das partes para que possa ser analisada a possibilidade de revisão ou resolução do negócio jurídico.

No Capítulo 3 tratamos do ponto que motivou nosso estudo, a “onerosidade excessiva”, analisada somente no Novo Código Civil de 2002, como possibilidade de resolução e revisão contratual, previstas nos artigos 317, 478 a 480 como transcritos adiante em nosso estudo.

No mesmo capítulo, ainda tratamos da teoria da imprevisão, outro ponto importante do nosso estudo, traçando um paralelo entre as duas teorias, bem como, os pontos diversos das mesmas dentro do Código Civil e do Código do Consumidor.

Já no Capítulo 4 tratamos do ponto principal do nosso estudo. Primeiramente no item 4.2 introduzimos o conceito de contrato de execução continuada, pois as teorias levantadas sobre revisão contratual, segundo nossa legislação, só podem ser aplicadas nesse tipo de contrato, diferente dos contratos de execução instantânea ou imediata.

Nos demais itens, citamos a possibilidade do pagamento e a correção monetária nos negócios jurídicos em moeda estrangeira, desde que observados os requisitos expressos em lei, bem como os modos aplicados pelos nossos tribunais da teoria da onerosidade excessiva nesses casos e as soluções encontradas pelos julgadores a fim de se evitar o desequilíbrio contratual e culminante em um enriquecimento irregular de um dos contratantes.

CAPÍTULO 1 – TEORIA CONTRATUAL

1.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A partir do momento em que o ser humano começou a progredir moralmente, a ideia do contrato surge como uma face da função social, pois o contrato é instrumento de conciliação de interesses contrapostos.

O Código de Napoleão foi a primeira grande codificação moderna. A exemplo do direito romano considerava a convenção o gênero, do qual o contrato era uma espécie (art. 1101 do Código de Napoleão) em que o acordo de vontades representava em realidade, uma garantia para os burgueses e para as classes proprietárias. A transferência de bens passava a ser dependente e exclusivamente da vontade. Já o código alemão considerava o contrato uma espécie de negócio jurídico que por si só não transfere a propriedade como sucede o novo Código Civil brasileiro.¹

A figura do contrato que partia da premissa da autonomia privada e de que as partes são absolutamente iguais sofreu grande alteração.

Ao longo do século XX, por conta de diversos fatores, o contrato se modifica e deixa de ter um escopo apenas individualista, vocacionado a uma autonomia privada absoluta, para passar a ser condicionado por parâmetros constitucionais de ordem superior, como, por exemplo, o princípio da função social e da boa-fé objetiva.

Nesse sentido, podemos entender e conceituar segundo o Código Civil em seu art. 107 que “*A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir*”.

1.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS AO DIREITO DOS CONTRATOS

¹ GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais*. Ed Saraiva. V3, 7ª Ed, 2010, p. 23.

1.2.1 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A função social do contrato é cláusula geral de natureza principiológica, consagrada no art. 421 do CC, com propósito delimitativo da autonomia privada, segundo valores sociais objetivos de que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato: “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”.

É o princípio pelo qual na busca dos interesses particulares as partes não podem prejudicar os interesses da coletividade. A função social limita a liberdade contratual (conteúdo), e não a liberdade de contratar (capacidade civil), ou seja, consiste no poder das partes de estipular livremente, como melhor lhes convir mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem pública, envolvendo, além da liberdade de criação do contrato, a liberdade de criação do contrato, a liberdade de contratar ou não contratar, de escolher o outro contratante e de fixar o conteúdo do contrato, limitadas pelo *princípio da função social do contrato*, pela normas de ordem pública, pelos bons costumes e pela revisão judicial do contrato.²

A função social, em nenhum momento, coíbe ou veda a liberdade de contratar, como à primeira vista poderia se denotar da leitura do artigo transcrito. Ao contrário legitima-se a liberdade na formação dos vínculos contratuais, submetendo-se seu conteúdo a um controle de compatibilidade com o meio social em que esta inserida.³

Nesse sentido, Miguel Reale explica:

Como se vê, a atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluam, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento.

Por outro lado, o princípio da socialidade atua sobre o direito de contratar em complementariedade com o de eticidade, cuja matriz é a boa-fé a qual permeia todo Código Civil.

1.2.2. PRINCÍPIO DA BOA FÉ

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 34.

³ NASSER, Paulo Magalhães. *Onerosidade Excessiva no contrato civil*. Ed. Saraiva, p. 70.

O CC Brasileiro de 2002 consagrou a boa-fé no art. 422, prevendo que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé:⁴ “ *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”.

O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma apropriada, leal, franca, não só durante as tratativas, mas também durante a formação e o cumprimento do contrato. Na prática, o juiz deve presumir se a boa-fé, devendo a má-fé, ser provada por quem alegou.⁵

A *probidade* mencionada no art. 422 do CC, mencionado, nada mais é senão um dos aspectos objetivos do princípio da boa-fé, podendo ser entendida como honestidade de proceder ou a maneira criteriosa de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou cometidos à pessoa.⁶

O princípio da boa-fé se divide em boa-fé objetiva e subjetiva.

A Boa-fé objetiva é uma cláusula geral de natureza principiológica, consagrada no art. 422, que traduz uma verdadeira regra jurídica exigível e de conteúdo ético. Isto significa que as partes devem agir com lealdade, probidade, retidão, ética, confidencialidade, reciprocidade.

A cláusula geral da boa-fé é tratada no Código Civil em três dispositivos, sendo a mais consagrada a do art. 422, já transcrito.⁷ Os demais são os dispositivos do art. 13 e 187 do CC:

Art. 13 - Os negócios devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art.187 - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

No CDC, a da boa-fé é tratada como princípio a ser seguido para harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo e como critério para definição da abusividade das cláusulas (art. 51, IV⁸).⁹

⁴ GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais*. Ed Saraiva. V3, 7ª Ed, 2010, p. 54.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem* p. 55.

⁷ GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais*. Ed Saraiva. V3, 7ª Ed, 2010, p. 57.

⁸ Art. 51, IV: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) estabelecem obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

O juiz pode aplicar de ofício o princípio da boa fé objetiva, porque o princípio da boa fé objetiva é norma de ordem pública, conforme prevê o Enunciado 26, CF. A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.

A boa-fé objetiva enseja, também, a caracterização de inadimplemento mesmo quando não haja mora ou inadimplemento absoluto do contrato. É o que a doutrina moderna denomina *violação positiva* da obrigação ou do contrato. Desse modo, quando o contratante deixa de cumprir alguns deveres anexos, por exemplo, esse comportamento ofende a boa-fé objetiva e, por isso, caracteriza inadimplemento do contrato.¹⁰

Já a boa-fé subjetiva, de caráter individual e psicológico, consiste em uma situação anímica de inocência ou desconhecimento. Serve à proteção daquele que tem a consciência de estar agindo conforme o direito, apesar de ser outra realidade.¹¹

Segundo Nelson Nery Jr., a boa-fé subjetiva se baseia numa crença ou ignorância do interprete, ou seja, o possuidor tem a “*crença que seja titular legítimo do direito*”. *Exemplos, casamento putativo, aquisição de propriedade alheia mediante usucapião, etc.*

Desse modo, portanto, a boa-fé é tanto forma de conduta (subjetivo ou psicológico) como norma de comportamento (objetiva).¹²

1.2.3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

O princípio da autonomia da vontade, tradicionalmente, desde o direito romano, caracteriza-se, pela liberdade das pessoas de contratar. Essa liberdade abrange o direito de

⁹ Ibidem, p. 57.

¹⁰ Ibidem, p. 59.

¹¹ Ibidem, p. 55.

contratar se quiserem com quem quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato.¹³

Nesse sentido, observa-se que os contratantes têm o poder de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica, tendo as partes à faculdade de celebrar ou não contratos sem qualquer interferência do Estado.¹⁴

Segundo Carlos Alberto da Mota Pinto¹⁵, tal princípio serve de fundamento para a celebração dos contratos atípicos.

A liberdade de contratar está prevista no artigo 421, como já mencionado.

1.2.4 PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS

Pelo princípio da autonomia da vontade, ninguém é obrigado a contratar, e a cada um concede a liberdade de definir os termos e objeto da contratação aos que fizerem.

Aos que fizerem, portanto, sendo o contrato válido e eficaz, devem cumpri-lo, não podendo evitar suas consequências, a não ser com a anuência do outro contraente.¹⁶

Logo, os fundamentos desse princípio se baseiam na necessidade de segurança nos negócios, que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir a palavra empenhada; intangibilidade ou imutabilidade do contrato, decorrente da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes, “*pacta sunt servanda*”, os pactos devem ser cumpridos, não podendo ser alterados nem pelo juiz.¹⁷

Uma das limitações a esse princípio, é a possibilidade de intervenção judicial de certos aspectos do conteúdo contratual ao e invocar a supremacia do interesse público impondo a adoção a revisão contratual.¹⁸

¹² GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais*. Ed Saraiva. V3, 7ª Ed, 2010, p. 56.

¹³ *Ibidem* p. 41.

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ Teoria Geral do Direito, p. 6.

¹⁶ GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais*. Ed Saraiva. V3, 7ª Ed, 2010, p. 49.

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 161.

CAPÍTULO 2 – LESÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

2.1. CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO E TEORIAS

A formulação do conceito de negócio jurídico, deve se à doutrina alemã do fim do século XVIII e início do século XIX. Contudo sua utilização não era muito aplicada na prática, por desconhecimento de técnicas e tipicidade dos atos jurídicos na época.¹⁹

Na concepção dos juristas dessa época a essência do negócio jurídico residia no poder da declaração de vontade, também chamada de *teoria subjetiva ou da vontade*. Assim é que, na hipótese de divergência entre declaração negocial e a vontade do agente, esta deveria prevalecer, na medida em que constituía o elemento fundamental do negócio.²⁰

Em oposição a essa teoria surgiu a *teoria objetiva, ou da declaração*, que propunha, limitar os excessos da teoria da vontade. Os juristas que apoiavam essa teoria na época sustentavam que o negócio jurídico exprimia a autonomia privada, no sentido do poder outorgado pelo ordenamento jurídico aos particulares para regular os seus próprios interesses. Na hipótese de desconexão entre a vontade íntima e a declaração, haveria que prevalecer a declaração.²¹

Observa, assim que a primeira teoria privilegia a vontade, tida, por verdadeira fonte do negócio, pende para o lado do declarante, em prejuízo dos destinatários da declaração. Já a segunda teoria, no intuito de proteger o declaratório, importa o fortalecimento do teor literal da declaração.²²

Não obstante, a maioria dos ordenamentos jurídicos não adotaram nenhuma das duas teorias. O CC de 2002, por exemplo, consagra a anulabilidade, e não a nulidade do negócio jurídico viciado por erro essencial e, assim mesmo, se reconhecível pela outra parte, artigo 138: “São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”.²³

¹⁹ CARDOSO. Vladimir Mucury. *Revisão Contratual e Lesão. À luz do Código Civil de 2002 e da constituição da República*. Ed. Renovar. 2008, p 13.

²⁰ *Ibidem*, p. 13.

²¹ *Ibidem*, p. 13.

²² *Ibidem*, p. 18.

²³ *Ibidem*, p. 19.

Em complemento a essas duas teoria surgiu a então chamada *teoria preceptiva*, que compreendia o negócio como “um comando concreto ao qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante”.²⁴

Nesse sentido, é através do negócio jurídico que o particular exerce o poder de ditar regras, com o objetivo de auto-regular a sua própria esfera de interesse. Essa atividade, vista como a base da autonomia privada, constitui a essência do negócio jurídico, cuja eficácia decorre do poder que o Estado outorga aos indivíduos de auto- regerem-se em seu âmbito privado.²⁵

Enfim, segundo podemos concluir que nenhuma das teorias que se formaram são suficientes para resolver o problema da divergência entre a vontade e a declaração, já que colocam o tema de forma equivocada. A vontade, por si só, não representa valor jurídico algum. Este somente lhe é atribuído na medida em que seja externada de forma socialmente reconhecível e de acordo com as exigências do caso e do ordenamento jurídico. Logo, trata se de um *falso problema*, desde que a vontade do agente só se pode extrair do próprio negócio, segundo os termos objetivos da declaração, do comportamento dos indivíduos nele envolvidos e das circunstâncias que o cercam.²⁶

A enorme diversidade de negócios, por outro lado, impossibilita o estabelecimento de um critério único para a questão. O conteúdo do negócio devera ser fixado pelo interprete em atenção ao tipo negocial especificamente considerado e à situação concreta em que ele se coloca, à luz dos princípios e dos valores prestigiados pelo ordenamento jurídico, sobretudo pela Constituição da Republica.²⁷

Concluído, podemos citar o entendimento de Leonardo Mattietto sobre o tema: “A verdadeira polemica não se situa, hoje, ao contrario do que muitos ainda pensam, entre a vontade e a declaração, mas entre voluntarismo e normativismo, entre individualismo e solidarismo”.²⁸

2.2. NEGÓCIO JURÍDICO NO CC DE 2002

²⁴ Ibidem, p. 20.

²⁵ Ibidem, p. 20.

²⁶ Ibidem, p. 23.

²⁷ Ibidem, p. 27.

²⁸ Ibidem, p. 27.

O negócio jurídico é inerente e necessário ao homem autorregular suas relações privadas, buscando no contexto social, antes de qualquer interferência estatal, o modo mais eficaz de realizar a tarefa.²⁹

O Código Civil incorporou o negócio jurídico, deixando ao interprete a tarefa de conferir-lhe o devido enquadramento, certamente à luz do sistema normativo como um todo, especialmente da Constituição da Republica, e não pura e simplesmente em função dos dispositivo específicos da codificação.³⁰

Assim à luz do Código Civil e da Constituição da Republica, impõe-se uma visão humanizada do negócio jurídico, desprendida das bases dogmáticas que lhe sustentavam no século XIX e aproximada dos fundamentos do Estado Social, logo, da tutela privilegiada da pessoa humana. Especialmente no que tange ao contrato, dando ensejo ao nascimento de uma teoria contratual, que sobressai como a mais importante, principalmente por ser aquela cujo uso é de longe o mais difundido, além de ser a mais relevante para o mundo capitalista, uma vez que constitui instrumento para promover a circulação de riquezas.³¹

Nessa nova realidade, o Estado foi chamado a intervir, de modo ainda incisivo, na economia, a fim de restaurar a condição de equilíbrio entre os sujeitos participantes da relação negocial. Passou a exercer um controle de conteúdo do contrato, na medida em que outros valores passaram a ser considerados na relação negocial, além da liberdade de vontade das partes, como os princípios fundamentais dos contratos já mencionados.³²

Nesse sentido, podemos verificar que o negócio jurídico bilateral é a base do nosso estudo, uma vez é nele que poderemos notar a presença da lesão.

2.3. CONCEITO DE LESÃO

Os povos antigos já se preocupavam em proteger os mais fracos contra a exploração dos mais fortes e assim, assegurar um mínimo de justice nas relações privadas. Logo, enquanto a lesão não adquiriu feição de instituto autônomo, seus princípios estiveram presentes em diversas expressões.³³

²⁹ Ibidem, p. 71.

³⁰ Ibidem, p. 77.

³¹ Ibidem, p. 78.

³² Ibidem, p. 81.

³³ Ibidem, p. 140.

Segundo Caio Mario da Silva Pereira foi a criação pretoriana que permitiu o abrandamento das normas de Direito Civil, por razão de equidade, dessa forma, que um ato de um formalmente impecável pudesse ter a sua validade negada, por afronta ao princípio da justiça, surgindo a teoria do “*in integrum restitutio*”.³⁴

Esta teoria permitia a reposição das partes ao *status quo ante*, quando uma mudança no estado de direito trazia verdadeiro prejuízo a uma das partes, contrariado a equidade, desde que certos requisitos fossem observados, como: o ato fosse suscetível de restituição; que houvesse dano; que a causa de restituição fosse justa; e que não houvesse outro meio de reparar o dano.³⁵

Sylvio Capanema de Souza, assim se refere acerca da lesão:./

[...] A lesão aparece como um dos vícios dos negócios jurídicos, um defeito de vontade, que ocorre quando alguém se aproveita da premente necessidade de outrem, ou de sua inexperiência, para lhe impor uma prestação manifestamente desproporcional à contraprestação.[...]³⁶

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, conceituam lesão como sendo:

[...] o prejuízo resultante da desproporção existente entre as prestações de um determinado negócio jurídico, em face do abuso da inexperiência, necessidade econômica ou leviandade de um dos declarantes.[...]³⁷

Nosso ordenamento jurídico por muito tempo rejeitou a possibilidade de rescisão por lesão de negócios elaborados antes da entrada em vigor do CC de 1996.

2.4. NATUREZA JURÍDICA DE LESÃO

Todas as conceituações feitas pelos doutrinadores fazem referência à desproporção como elemento objetivo. E de certa forma sintetiza toda a ideia do defeito do negócio jurídico, em virtude disso podemos compreender a importância deste instituto.

Sylvio Capanema justifica a expressão “manifestamente desproporcional” dizendo que “não é qualquer desproporção que tipificará o vício da lesão e que caberá ao Juiz

³⁴ Ibidem p 142.

³⁵ Ibidem 143.

³⁶ SOUZA, Sylvio Capanema de. *O Impacto do Novo Código Civil no Mundo dos Contratos*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 14 de mai. de 2003. Disponível em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1340/o_impacto_do_novo_codigo_civil_no_mundo_dos_contratos >. Acesso em: 23 de set. de 2012.

ancorado na experiência comum dos fatos da vida” determinar se é o caso, ou não, de invalidar o contrato.³⁸

Nota-se que apesar de não haver um valor pré-fixado para caracterização da desproporção, há necessidade de que essa seja evidente, salte aos olhos, ou ainda, cause o “choque de consciência” (*shock the conscience*) ferindo a sensibilidade do julgador, conforme explica Márcio Mello Casado.³⁹

A manifesta desproporção ocorrida entre a prestação e a contraprestação num contrato é capaz de, sozinha, caracterizar uma “lesão” ao patrimônio. Entretanto, para que essa lesão seja capaz de justificar o desfazimento ou readequação de um contrato é necessária a presença, também, de especiais situações de ânimo. Ou seja, a necessidade contratual e a inexperiência da parte lesada.

Essa premente necessidade deve ser entendida como a de contratar, e não como sinônimo de hipossuficiência ou pobreza, vez que situações podem ocorrer nas quais determinada pessoa, apesar de afortunada, se vê obrigada a contratar sob condições em que haja uma manifesta desproporção entre as prestações.⁴⁰

Importante destacar ainda que alguns doutrinadores incluem como requisito subjetivo o “aproveitamento do lesado pelo lesionante” ou “dolo de aproveitamento”, como também é chamado, porém não há unanimidade na doutrina.⁴¹

2.5. LESAO CDC E CC 2002

O Código de Defesa do Consumidor abordou o instituto da lesão em seu ordenamento jurídico antes da Medida Provisória 1820/99, através de seu artigo 6, inciso V:

Art. 6: São direitos básicos do consumidor:

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

³⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 14.º ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 370.

³⁸ SOUZA, 2003, <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina>.

³⁹ CASADO, Márcio Mello. *Considerações sobre a lesão nos contratos*. Artigo publicado na RJ (Revista Jurídica) n. 226. Ago/1996, p. 33.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 77.

⁴¹ *Ibidem*, p. 78.

A primeira parte do inciso V regula precisamente a lesão, assegurando ao consumidor o direito à modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais. A segunda parte abriga a excessiva onerosidade, quebra do negócio jurídico e, de certa forma, uma evolução da cláusula *rebus sic stantibus* e da teoria da imprevisão.⁴²

A lesão insere-se, ainda no âmbito do CDC, entre as *cláusulas contratuais abusivas*, refutadas nulas de pleno direito pelo art. 51, IV:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

Contudo os doutrinados, entre elas Claudia Lima Marques⁴³, entendem que o princípio da boa-fé deve ser o principal paradigma objetivo para se ligar a abusividade nos contratos de consumo.

Finalmente a lesão apareceu no CC de 2002 na qualidade de defeito do negócio jurídico, partindo por base o art. 157:

Art. 157: Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestação desproporcional ao valor da prestação oposta.

1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concorda com a redução do proveito.

Deve-se observar que a lesão não é o “negócio defeituoso”, mas o vício que torna defeituoso o negócio em que se faz presente.. Ademais a lei requer para a configuração da lesão que o prejudicado tenha concluído o negócio “sob premente necessidade, ou por inexperiência”, mas não exige o abuso do beneficiado.⁴⁴

2.6. MOMENTOS DE APRECIÇÃO DA LESÃO

Pondere-se, ainda, que não basta que haja a referida “desproporção”, pois é necessário que essa se apresente ao tempo em que o contrato foi celebrado, ou seja, quando ocorreu a convergência das manifestações de vontade no sentido de realizar o pacto, como explicita o parágrafo 1º do artigo 157 do Código Civil.

⁴² Ibidem, p. 187.

⁴³ *Contratos no código de defesa do consumidor*, 2002, p. 768.

Surgindo a desigualdade de fato, caracterizando a lesão, reage o Direito, reequilibrando as posições das partes e, assim, dispensa o contraente mais fraco de cumprir a obrigação que lhe causaria um enorme prejuízo.

Se já na época da conclusão da promessa existiam os elementos caracterizadores da lesão, ou seja, manifesta desproporção entre as prestações e a situação de desigualdade entre as partes, o negócio será viciado.⁴⁵

Todavia se o negócio preliminar era equilibrado, não haverá lesão, ainda que as prestações resultante do negócio principal sejam desproporcionais. Poderá então haver onerosidade excessiva, mas não lesão. E se esta onerosidade decorre de fator superveniente imprevisto, caracteriza, imprevisão, ou ainda, dentro de uma relação de consumo invocar a proteção do art. 6, V do CDC já transcrito sobre a proteção da teoria da base do negócio jurídico, institutos estes que serão estudados adiante.

Nesse sentido o momento da análise da desproporção é aspecto fundamental do estudo da caracterização da lesão, que serve inclusive para diferenciá-lo de outros institutos.

Ora, uma desproporção posterior à formação do contrato estaria mais ligada a fatores externos como os casos da Onerosidade Excessiva e da Teoria da Imprevisão, sendo que, aliás, essas são uma das distinções mais marcantes entre os institutos, ou seja, o momento em que se verifica a desproporção.

44 Ibidem, p. 195.

45 Ibidem, p. 249.

CAPÍTULO 3 – ONEROSIDADE EXCESSIVA

3.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A onerosidade excessiva motiva o estudo das possibilidades de resolução e revisão os contratos devido a sua atual posituação no sistema jurídico brasileiro, que só iniciou a previsão expressa no Código Civil de 2002, em que pese já estar sendo aplicada ao longo do século XX por construção jurisprudencial brasileira e por previsão do em diversas legislações estrangeiras, como por exemplo, o código civil italiano, argentino e alemão, conforme explica Paulo Magalhães Nasser.⁴⁶

Segundo Caio Mário, consistia em:

Presumir, nos contratos comutativos, uma cláusula, que não se lê expressa, mas figura implícita, segundo a qual os contratantes estão adstritos ao seu cumprimento rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias ambientes se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoravam no da celebração.⁴⁷

Segundo citação de Denis Donoso, o *pact sunt servanda* torna obrigatório o contrato entre as partes em consonância com a Teoria de *Bülow* da autonomia privada. E estes dois pilares do Direito Contratual são mitigados, desde o Código de *Hammurabi* com as imprevisões nas negociações do produto das colheitas.⁴⁸

Após uma análise histórica, podemos observar que a onerosidade excessiva passou a ter relevância com a 1ª Guerra Mundial ao possibilitar a resolução de contratos que se tornaram onerosos pelo advento da guerra.⁴⁹

O Código Civil de 1916 que não tratava desse assunto; não havia nenhuma previsão relacionada à possibilidade de revisão dos contratos por onerosidade excessiva. Sendo, portanto, o Código de Defesa do Consumidor o primeiro diploma legal a tratar da revisão contratual por onerosidade excessiva, estabelecendo como direito básico do consumidor o que prevê o artigo 6º, inciso V:

46 NASSER, Paulo Magalhães. *Onerosidade Excessiva no contrato civil*, 2011, Ed. Saraiva, São Paulo, p. 19.

47 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, vol.III, 4ª ed.* 1995, Forense, Rio de Janeiro, p.98.

48 DONOSO, Denis. *Teoria da imprevisão no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. Jus Navigandi, Teresina, ano9, n.269, 2 abr. 2004.

Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5030>>. Acesso em: 1 out. 2012.

49 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais*, p.51.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

O direito à revisão do contrato, como visto no capítulo precedente, foi uma decorrência natural da principiologia do CDC, marcada pela ênfase na defesa do consumidor, na busca pelo equilíbrio entre os sujeitos da relação obrigacional e na boa-fé objetiva – o seu princípio orientador –, conceito aberto e permeável a valores do próprio sistema e, também, a valores externos ao sistema, o que lhe conferiu importante papel na concretização da justiça contratual.

3.2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Maria Helena Diniz aloca a onerosidade excessiva como causa de resolução do contrato por via judicial e complementa o conceito dizendo:

Isso acontece quando da superveniência de casos extraordinários e imprevisíveis por ocasião da formação do contrato, que o tornam, de um lado, excessivamente oneroso para um dos contratantes, gerando impossibilidade subjetiva de execução, e acarretam, de outro, lucro desarrazoado para a outra parte.⁵⁰

Complementa a nobre doutrinadora dizendo que ao se estipular atos negociais, sem que o juiz pudesse intervir, mesmo quando se arruinasse uma das partes, a ordem jurídica não cumpriria o seu objetivo e assegurar a igualdade econômica dentro do contexto social e dentro do contrato.⁵¹

Defende Renato José de Moraes⁵² que as expressões teoria da imprevisão, cláusula *rebus sic statibus*, onerosidade excessiva e teoria da base do negócio jurídico denota, no seu cerne, um mesmo objetivo, que é o de justificar a modificação ou a resolução de um negócio jurídico, cujas circunstâncias da celebração sofreram alterações até o momento da efetiva execução, influenciando diretamente no equilíbrio das partes inseridas em uma proteção principiológica como já mencionado acima. E estas teorias muito se assemelham, fundando-se em quase nos mesmos requisitos.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 163.

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 163.

⁵² MORAES, Renato José de. *Cláusula rebus sic statibus*, Ed. Saraiva, São Paulo, p.30.

O Código Civil inovou ao prever dentro do capítulo que trata da extinção da obrigação:

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

Mais adiante, complementa-se a onerosidade excessiva com a aplicação dos artigos 478 a 480:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Há quem sustente, após a leitura dos artigos acima, aplicar-se tanto pra a resolução como para a revisão do contrato. A esta corrente filia-se Giovanni Ettore Nanni ao explicar:

O legislador pretendeu ser mais rigoroso nas hipóteses de resolução do contrato, visto que muito mais gravosa para o direito do que nas situações de revisão, em que apenas se ajusta o conteúdo das prestações e o contrato segue seu rumo até a extinção normal pelo adimplemento.⁵³

Já Fernando Rodrigues Martins:

O artigo 317 do CC/2002 mantém os requisitos essenciais elencados no artigo 478 também da lei civil, pois exige um motivo imprevisível, uma desproporção manifesta e o nexo de causalidade entre ambas.⁵⁴

Observa-se que o artigo 317 fala em “*motivos imprevisíveis*”, todavia o artigo 478 faz menção a “*acontecimentos extraordinários e imprevisíveis*”. Os termos se equivalem, se extraído deles a proteção de ambas as partes de se protegerem contra riscos anormais.

Nota-se também a semelhança quando diz “*extrema vantagem*” a uma das partes previstas no artigo 478 para legitimar a resolução do contrato está também presente no artigo 317 quando o legislador prevê “*desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e do momento da sua execução*”.

Portanto, a onerosidade excessiva permeia quaisquer relações contratuais no Direito Brasileiro sejam em legislação especial e o próprio Código Civil e mantém, em sua aplicação,

⁵³ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa: de acordo com o novo Código Civil*, p. 374.

⁵⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da Justiça Contratual*, p. 381.

sua finalidade última, qual seja a preservação do equilíbrio contratual entre as partes, assim como da operação econômica que é conteúdo do contrato.

Evita-se, deste modo, que uma das partes do contrato seja lesada em sua obrigação em decorrência de fatos sobre os quais não poderia ter qualquer influência.

3.3. ONEROSIDADE EXCESSIVA NO MOMENTO DA FORMAÇÃO DO CONTRATO

A proposta é marco inicial para a formação do contrato. Pela proposta o proponente fica comprometido a cumprir o que foi oferecido se, no tempo oportuno, o oblato manifestar sua aceitação.

Logo, entendemos que se a onerosidade excessiva surge para uma das partes no momento da formação do contrato, tornará o fato não extraordinário ou imprevisível, pois o contrato é elaborado dentro de um contexto fático específico aceito pelos contratantes.

Neste caso, não há que se falar em onerosidade excessiva, porquanto se o fato, embora imprevisto, fosse previsível no momento da formação do contrato ou fosse aceitável pelos contratantes, ainda que excedente do risco do contrato (fato não extraordinário ou previsível) tornaria a situação excepcional em um fator de risco aceito pelo contratante, pois transformaria o risco em um elemento constitutivo do próprio negócio jurídico do contrato e não haveria o preenchimento dos requisitos da onerosidade excessiva, conforme ensina Maria Helena Diniz “alteração radical das condições econômicas no momento da execução do contrato, em confronto as do instante de sua formação [...] pois não se poderá admitir a *rebus sic stantibus* se o risco advindo for normal ao contrato.

E tal entendimento é complementado pela edição do Enunciado nº 175 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil que diz: Art. 478: “A *menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às conseqüências que ele produz*”.

3.4. EFEITOS DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

Inicialmente, cumpre ressaltar que todo negócio jurídico tem como fundamento normas de ordem pública que devem ser respeitadas, além dos princípios da autonomia das vontades, da boa-fé e do pacto *sunt servanda*, e de outros princípios contratuais da mesma relevância, nesse sentido, os contratantes têm a possibilidade de requerer a revisão contratual, diante da onerosidade excessiva para uma das partes, com o intuito de retornar as condições inicialmente acordadas quando da formação do vínculo negocial.

Assim, para que seja permitida a resolução ou revisão do contrato deve se observar alguns requisitos, já que há contratos em que os riscos, áleas ou fatores externos modificativos estão intrínsecos a sua natureza. Além disso, não é necessário que a prestação por uma das partes se torne impossível de ser cumprida, mas basta que haja um desarranjo descomunal, conforme ensina Maria Helena Diniz.⁵⁵

Ressaltando que o magistrado poderá analisar, ainda que unilateralmente, o pedido de reconhecimento da onerosidade excessiva desde que seja: contrato válido, sinalagmático, de execução diferida ou continuada e oneroso; situação superveniente, extraordinária e imprevisível, ou seja, que se desloque do nexa avençado pelos contratantes. Conforme se depreende da literalidade dos artigos 267, §3º e 301, §4º do Código de Processo Civil.⁵⁶

Artigo 267 Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

[...]

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos n.ºs. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

Art. 301 - Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

I - inexistência ou nulidade da citação;

II - incompetência absoluta;

III - inépcia da petição inicial;

IV - preempção;

V - litispendência;

VI - coisa julgada;

VII - conexão;

VIII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;

IX - convenção de arbitragem;

X - carência de ação;

XI - falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar.

[...]

§ 4º - Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.

Como explica o professor Sílvio de Salvo Venozza:

Em primeiro lugar, devem ocorrer acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Como examinamos, tais acontecimentos não podem ser exclusivamente subjetivos.

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 164.

⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado e legislação extravagante*, p. 583.

Devem atingir uma camada mais ou menos ampla da sociedade. Caso contrário, qualquer vicissitude na vida particular do obrigado serviria de respaldo ao não-cumprimento da avença. Um fato será extraordinário e anormal para o contrato quando se afastar do curso ordinário das coisas. Será imprevisível quando as partes não possuírem condições de prever, por maior diligência que tiverem. Não podemos atribuir a qualidade de extraordinário ao risco assumido no contrato em que estavam cientes as partes da possibilidade de sua ocorrência; neste sentido, tem decidido a jurisprudência majoritária (1º TACRSP – AC 660769-4, 22-4-98, Rel. Juiz Márcio Franklin Nogueira).⁵⁷

Se houver circunstância pré-existente, esta não poderá ser tida como causa superveniente, porque anterior à formação do contrato, e, portanto, passível de ser considerada pelas partes no momento da formação do contrato.

Relevante prejuízo para uma das partes de forma substancial, grave e penosa. E, por conseguinte, aumento patrimonial exorbitante da outra parte, ou seja, não é qualquer onerosidade que será considerar apta a modificar a base da relação jurídica, pois há contratos que possuem risco natural do exercício de sua atividade e tais riscos, assumido por ambas as partes.

Conforme ensina Rosado de Aguiar Jú

nior:

Não pode haver onerosidade excessiva pelo que corresponder ao risco normal do contrato. Além disso, e de forma expressa a lei italiana exclui a aplicação do princípio ao contrato aleatório (art.1469). No Brasil, no entanto, o contrato de renda vitalícia admite a resolução (art. 810 do Código Civil), e os contratos de seguro têm regulação própria quanto inadimplemento. Em princípio, pois, não seria de excluir a onerosidade excessiva nos contratos aleatórios, desde que fora da álea própria do contrato. Na renda a álea está na duração (art. 806, 2ª parte); no seguro, na época ou na própria ocorrência do fato.⁵⁸

Nos artigos 479 e 480 do Código Civil traz uma variação dos efeitos da onerosidade excessiva que substancialmente, caso em que poderá ser corrigida, a desproporção que surgiu para que o negócio não se desfaça e se esgote como acordado no início. E que o pedido não seja de revisão judicial, mas de um reajuste equitativo da contraprestação.

Conclui então Carlos Roberto Gonçalves:

Em resumo, as modificações supervenientes que atingem o contrato podem ensejar pedido judicial de revisão do negócio jurídico, se ainda possível manter o vínculo com modificações as prestações (arts. 317 e 479 do CC), ou e resolução, nos termos dos arts. 317 e 478, a ser apreciado tendo em conta as cláusulas gerais sobre o enriquecimento injusto (art. 884), a boa-fé (art. 422) e o fim social do contrato (art. 421), se houver modificação da base de negócio que signifique quebra insuportável da equivalência ou a frustração definitiva da finalidade contratual objetiva.⁵⁹

⁵⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*, p. 465.

⁵⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, p. 72.

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais*, p.53.

3.5. TEORIA DA IMPREVISÃO NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A onerosidade excessiva tem tratamento diverso no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, pois se apóia no artigo 6º, inciso V, deste código.

Basicamente, reside a diferença no fato de o instituto, no CDC, ensejar a revisão contratual, iluminado pelo princípio da conservação do contrato, enquanto que no Código Civil o instituto resultar na resolução, em regra, consoante assim resume Rogério Ferraz Donnini⁶⁰: “O CDC, ao contrário da construção doutrinária e jurisprudencial relativa à aplicação da teoria da imprevisão na relação entre particulares, procura a conservação do contrato de consumo, e não a resolução deste.”

Em sede de direito do consumidor, a comprovação da onerosidade excessiva não se acha atrelada ao requisito da “exagerada vantagem para a outra parte”, ou seja, não se exige que importe em extrema vantagem para o fornecedor, como assim dispõe e prevê o Código Civil, uma vez que o CDC adotou uma postura desvinculada do enriquecimento sem causa e que, portanto, é bastante a prova de que a prestação se tornou excessivamente onerosa para o consumidor, independente desse excesso se reverter em favor do fornecedor.

A questão, contudo, não é pacífica. Por exemplo, apesar de uma parcela considerável da doutrina defender que a onerosidade excessiva já provoque, por via reflexa, o lucro indevido e exagerado da outra parte, há casos que assim não ocorre, na medida que a onerosidade excessiva não implica, necessariamente, no lucro indevido da outra parte, conforme bem exemplificado pela advogada Mônica Yoshizato Bierwagen:

Imagine-se o caso do pequeno empreiteiro do interior que se compromete a construir um único imóvel, e que, no curso do contrato, vê-se surpreendido pela dobra do preço do cimento na região forçada pela presença de uma empreiteira que inicia a construção de um grande condomínio. A onerosidade excessiva experimentada pelo pequeno empreiteiro não se reflete em favor do dono da obra, que receberá o mesmo produto anteriormente contratado, não havendo, dessarte, exagerada “vantagem”.⁶¹

No direito do consumidor é notória a ocorrência de fatos supervenientes e imprevisos após a celebração do contrato, não se fazendo necessário que esses fatos sejam também imprevisíveis e extraordinários, segundo a dicção do Código Civil, na medida em que

⁶⁰ DONINI, Rogério Ferraz. *A Revisão dos Contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 169.

muitas situações passíveis de previsão podem causar uma prestação absolutamente desproporcional, ou mesmo causar a qualquer dos contraentes o cumprimento de uma obrigação excessivamente onerosa.

Explica Rogério Ferraz Donnini:

Embora a modificação desse requisito pudesse ensejar até mesmo a descaracterização da cláusula *rebus sic stantibus*, entendemos que bastaria a existência de um acontecimento superveniente e imprevisível para a aplicação dessa teoria, e não um fato extraordinário e imprevisível. Se, v.g., os contratantes celebram uma avença em determinado momento de estabilidade econômica e, posteriormente, ocorre um enorme desequilíbrio contratual provocado pelo súbito e elevadíssimo aumento de preços, seja por interferência governamental ou outro motivo capaz de causar excessiva onerosidade a uma das partes, tornando praticamente impossível o cumprimento da obrigação, pode-se afirmar que existiu, nesse exemplo, um fato imprevisível, mas não extraordinário. Em sendo assim, bastaria a existência de um fato imprevisível, vale dizer, um fato que se fosse previsto não teria levado os contraentes à celebração do pacto, para que o Poder Judiciário interferisse no contrato, a pedido do interessado, modificando a cláusula ou cláusulas que estabelecessem prestações desproporcionais ou causassem excessiva onerosidade a qualquer dos contratantes, ou ainda para que fosse extinta a relação contratual, desde que requerida a sua resolução.⁶²

Nelson Borges também a define ao afirmar que:

A “teoria da imprevisão” é o remédio jurídico a ser empregado em situações de anormalidade contratual, que ocorre no campo extracontratual – ou “aura” das convenções -, de que se podem valer as parte não enquadradas em situação moratória preexistente, para adequar ou extinguir os contratos – neste caso com possibilidades indenizatórias – sobre os quais a incidência de um acontecimento imprevisível (entendido este como aquele evento ausente dos quadros do cotidiano, possível, mas não provável), por elas não provocado mediante ação ou omissão, tenha causado profunda alteração na base contratual, dando origem a uma dificuldade excessiva de adimplemento ou modificação depreciativa considerável da prestação, se sorte a fazer nascer uma lesão virtual que poderá causar prejuízos àquele que, em respeito ao avençado, se disponha a cumprir a obrigação assumida. Se, em decorrência de ato praticado pelas partes ou terceiros, a base contratual desaparecer, alterando as circunstâncias que serviram de fundamento ao contrato, não sendo possível adaptá-lo ao novo estado, ele poderá ser extinto, aferindo-se responsabilidades pela existência ou não de lesão objetiva, como decorrência da supressão do alicerce contratual.⁶³

Leciona Gonçalves que:

Esta teoria originou-se na Idade Média, mediante a constatação, atribuída a Neratius, em torno da aplicação da *condictio causa data causa non secuta*, de que fatores externos podem gerar, quando da execução da avença, uma situação diversa da que existia no momento da celebração, onerando excessivamente o devedor.⁶⁴

⁶¹ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*, p. 70.

⁶² DONNINI, Rogério Ferraz. *A Revisão dos Contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, p. 65-66.

⁶³ Nelson Borges. *A teoria da imprevisão. No direito Civil e no Processo Civil com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*, p. 80.

⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit., p.191.

Segundo Maria Helena Diniz e Cáo Mário da Silva Pereira a teoria da imprevisão teve origem na cláusula *rebus sic stantibus*⁶⁵, tendo em vista os contratos comutativos, de trato sucessivo e de execução diferida, a existência implícita pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato.

E Arnaldo Medeiros da Fonseca foi quem adaptou e difundiu teoria da imprevisão, tendo em vista que o referido autor incluiu o requisito da imprevisibilidade, assim não era mais suficiente a ocorrência de um fato extraordinário, para justificar a alteração contratual. Por este motivo que os tribunais não aceitaria inflação e alterações na economia como causas para a revisão dos contratos. Tais fenômenos são considerados previsíveis, excetos aqueles que extrapolam normalidade do balanço econômico.⁶⁶

Esclarece que o doutrinador Gonçalves que o princípio da resolução dos contratos por onerosidade excessiva não se aplica aos contratos aleatórios, porque envolvem um risco, sendo intrínsecos a eles a álea e a influência do acaso, salvo se o fator imprevisível decorrer de fatos estranhos a risco próprio do contrato.

Complementa Caio Mário que “nunca haverá lugar para a aplicação da teoria da imprevisão naqueles casos em que a onerosidade excessiva provém de álea normal e não do acontecimento imprevisto, como ainda nos contratos aleatórios, em que o ganho e a perda não podem estar sujeitos a um gabarito determinado”.⁶⁷

A Teoria da Imprevisão está assentada no artigo 478 do Código Civil, em contrapartida Teoria da Base Objetiva do Negócio Jurídico foi adotada pelo Código De Proteção e Defesa Do Consumidor artigo 6º, inciso V.

Diferença esta refletida no artigo 478 supracitado fala em "resolução", enquanto o artigo 6º, inciso V, fala em "revisão".

Já a Teoria da Base do Negócio Jurídico, difere em ponto crucial da Teoria da Imprevisão. Aquela não necessita do requisito da ocorrência de fatos imprevisíveis, mas apenas que após a formação do vínculo contratual, pela ocorrência de fatos supervenientes, as prestações tornem-se excessivamente onerosas para o devedor, de modo a desequilibrar a relação pactuada.⁶⁸

A Teoria da Base do Negócio Jurídico foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, no art. 6º, inciso V, supracitado. Portanto, o Código de Defesa do Consumidor espaçou-se da Teoria da Imprevisão, pois não exige a imprevisibilidade da causa

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil, cit., V III*, p. 162. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 165.

⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p.193.

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 167.

superveniente desestabilizadora do contrato e nem de grande ganho econômico por parte do fornecedor.

Portanto, a teoria em questão é objetiva, pois não exige a imprevisibilidade do fato. Ou seja, é um direito do consumidor a revisão do contrato, independentemente da vontade do réu ou da declaração da sua nulidade absoluta pelo juiz. Assim já está assentando no STJ:

Comercial e Processual civil. Arrendamento mercantil. Indexação em moeda estrangeira (dólar) - Crise cambial de janeiro de 1999. Aplicabilidade do art. 6º, inciso V, do CDC. Onerosidade excessiva caracterizada. Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação. Necessidade de prova da captação de recurso financeiro proveniente do exterior. Cobrança antecipada do valor residual garantido. Descaracterização do contrato. Aplicação do CDC. - O preceito insculpido no inciso V do artigo 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor. (REsp 370598/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/02/2002, DJ 01/04/2002, p. 186).

Estabelecemos um quadro comparativo das diferentes teorias para salientar as citadas teorias anteriormente analisadas.

Teoria da imprevisão (CC)	Teoria da Base Objetiva do Negócio Jurídico (CDC)
Exige a imprevisibilidade e extraordinariedade do fato superveniente	Não exige (somente exige o fato superveniente).
Implica resolução (a revisão somente com a voluntariedade do credor)	Implica revisão (resolução somente quando não houver possibilidade de revisão).
Exige extrema vantagem para o credor	Não exige extrema vantagem
Admite a cláusula “Rebus sic stantibus”	Admite a cláusula “Rebus sic stantibus”
Âmbito de menor incidência fática.	Âmbito de maior incidência fática.

3.6. TEORIA DA IMPREVISÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Também relevante ao estudo proposto, dentro do direito comparado, os contratos administrativos possuem relações axiológicas e principiológicas com os negócios jurídicos entre os particulares, regidos pelo Código Civil, bem como entre aqueles tidos como relação de consumo, orientados pelo Código de Defesa do Consumidor.

⁶⁸ EFING, Antonio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 85.

Todavia, no a Lei nº 8.666/93 prescreve no capítulo III, dos Contratos, em seu artigo 57, §1º, inciso I:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:
I - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato.⁶⁹

Assim, administração deve promover a alteração das cláusulas relativas às suas obrigações contratuais face ao incremento da onerosidade da obrigação do contratado, tendo em vista que o equilíbrio econômico financeiro do contrato nada mais é do que a manutenção da relação entre as obrigações mútuas dantes ajustadas no tocante à sua onerosidade, conforme esclarece o artigo 58, da Lei 8.666/93:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

[...]

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Complementado pelo artigo 65 da mesma lei:

Art. 65. Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a atribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Porém, não é apenas nestes casos que ocorre a alteração forçada dos contratos administrativos, ainda que a administração pública não realize alteração unilateral nas cláusulas contratuais o contrato pode se tornar excessivamente oneroso para uma das partes por conta de fatores extrínsecos ao contrato administrativo⁷⁰, conforme conceitua a doutrina da teoria da Imprevisão:

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 8.666. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.* Publicação em 21 de junho de 1993.

⁷⁰ *Como, por exemplo, a atual liberação da banda de flutuação cambial do Real e o aumento da disparidade entre este e as demais moedas do mundo, especialmente o dólar norte americano.*

No início, ela foi só uma construção. Depois elaborou-se toda uma teoria genérica, a "teoria da imprevisão", sustentada por alicerces próprios, que podem ser resumidos na seguinte idéia: radical modificação do estado de fato do momento da contratação determinada por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, dos quais decorra onerosidade excessiva no cumprimento da obrigação e, assim, a possibilidade de revisão contratual.⁷¹

Por estas razões, conclui-se pela necessidade de revisão das cláusulas de contratos administrativos que se tornem excessivamente onerosos para o contratante, em decorrência de modificação unilateral pela administração das condições da avença, ou pela alteração de fatores externos ao contrato administrativo, imprevisíveis e inevitáveis, que afetem a sua equação econômica a fim de restaurá-la.

⁷¹ Carlos Alberto Bittar Filho, *Teoria da Imprevisão*, p. 31.

CAPÍTULO 4 – CONTRATO DE EXECUÇÃO CONTINUADA ATRELADO A MOEDA ESTRANGEIRA

4.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES:

A importância desta classificação entre o contrato de execução instantânea e o contrato de execução é tido como diversos autores como de extrema relevância jurídica, como se observa: a nulidade dos contratos de execução contínua não afeta os efeitos já produzidos; a revisão em razão da onerosidade excessiva só recai sobre os contratos de execução continuada, sendo, portanto, inadmissível nos contratos de execução imediata; rescisão unilateral do contrato de execução continuada apenas será admitida em casos excepcionais, salvo se convencionado por tempo indeterminado; o descumprimento das prestações vencidas, no contrato de execução continuada de caráter bilateral, não anulará as prestações já realizadas, desde que sejam autônomas, operando, portanto, os seus efeitos *ex nunc*; a prescrição corre separadamente para cada uma das obrigações; não caberá recusa de cumprimento da prestação alegando que a outra parte não cumpriu a dela (*exceptio non adimpleti contractus*); entre outros efeitos, conforme ensina a doutrinadora Maria Helena.⁷²

4.2. CONCEITO DE CONTRATO DE EXECUÇÃO CONTINUADA

Primeiramente, iremos conceituar o contrato de execução continuada, pois as teorias levantadas sobre revisão contratual, segundo nossa legislação, só podem ser aplicadas nesse tipo de contrato, diferente dos contratos de execução instantânea ou imediata.

A classificação dos contratos de execução imediata ou instantânea e de execução continuada ou sucessiva decorre do próprio texto legal, conforme o legislador explicita no Código Civil de 2002, conforme o artigo 478.

Rogério Marrone de Castro Sampaio apresenta os efeitos dessa classificação, apontando que:

[...] nos contratos instantâneos, a resolução por inexecução ou a anulação, repõe as partes ao estado anterior, o que não ocorre, em geral, com os de duração; a prescrição da ação para exigir o cumprimento de prestações vencidas, nos contratos de duração, começa a correr da data do vencimento de cada prestação; a teoria da imprevisão tem vez nos contratos de duração e, nos contratos instantâneos, apenas naqueles de execução diferida [...].⁷³

Já no entendimento do doutrinador Cáo Mário contrato de execução imediata ou instantânea é o contrato em que a solução se efetua de uma só vez e por prestação única, tendo por efeito a extinção cabal da obrigação, como acontece no contrato de compra e venda à vista, em que o comprador, contra a entrega da coisa, faz o pagamento do preço em um só ato.⁷⁴

Ou seja, cumprimento é imediato à manifestação de vontade. É impossível a teoria da imprevisão, pois não há fato superveniente que modifique as condições.

Em contrapartida, nos contratos de execução continuada, de trato sucessivo ou de débito permanente há periodicidade, são os naturalmente prorrogáveis.

Logo, entendemos que nesse tipo de contrato, quando se observar a rescisão contratual, deve haver fenômeno da compensação proporcional de valores e não perda das prestações pagas, evitando se prejuízo para as partes.

Por isso que nesse tipo de contrato se aplica a Teoria do Adimplemento Substancial, quando a parte já cumpriu grande parte do contrato ou no caso em que faltam poucas prestações para quitar o mesmo, não cabendo mais rescisão contratual, mas tão somente cobrança dos valores faltantes. Neste caso, visa proteger o patrimônio mínimo e a função social, conforme reconhecido pela jurisprudência dos tribunais superiores, como por exemplo, a jurisprudência reconheceu nos agravos regimentais do AREsp 155885/MS, do ano corrente.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RESCISÃO PARCIAL - CONTRATO DE COMPRA E VENDA - SALDO DEVEDOR DIMINUTO - ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO - PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME - INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7 DESTACORTE - TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL - APLICAÇÃO - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES - AGRAVO IMPROVIDO.⁷⁵

⁷² DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 96-97.

⁷³ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito Civil : Contratos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 41.

⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil : Fontes das Obrigações*. v. 3. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 57.

⁷⁵ AgRg no AREsp 155885/MS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012.

4.3. A INDEXAÇÃO DO CONTRATO FIXADO EM MOEDA ESTRANGEIRA

O antigo Código Civil que foi instituído pela Lei 3.071/16 prescrevia em seu artigo 947 a permissibilidade de se atrelar o pagamento a moeda estrangeira, conforme se segue:

Art. 947. O pagamento em dinheiro, sem determinação da espécie, far-se-á em moeda corrente no lugar do cumprimento da obrigação.

§ 1º É, porém, lícito as partes estipular que se efetue em certa e determinada espécie de moeda, nacional, ou estrangeira.

Todavia o Decreto-Lei N° 857/69, recepcionado pela Lei n° 9.069,⁷⁶ suspendeu sua aplicação em seu artigo 4º e passou a disciplinar da seguinte maneira:

Art. 1º 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 do cruzeiro.

Art. 2º Não se aplicam as disposições do artigo anterior:

I - aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias;

II - 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;

III - aos contratos de compra e venda de câmbio em geral;

IV - 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 no território nacional;

V - aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país.

A Lei n° 8.880/94 que regulamento o Plano Real traz uma outra exceção a possibilidade de se avançar um contrato em moeda estrangeira, ao observar a redação do artigo 6º:

Art. 6º - É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior.

E o novo Código Civil veio reforçar o entendimento dos antigos legisladores ao permitir apenas em casos específicos o atrelamento dos contratos a moeda estrangeira, por isso previu o Código Civil artigo 318 “São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em

moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial”.

É necessário analisar ainda que a lei 9.069/95 limita a utilização da moeda estrangeira como correção monetária, a fim de coadunar com a axiologia da Lei 8.880, ao trazer capítulo sobre a correção monetária no artigo 27, além de estipular o IPC-r como índice oficial para as correções monetárias, como se segue:

Da Correção Monetária

Art. 27. A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária contraída a partir de 1º de julho de 1994, inclusive, somente poderá dar-se pela variação acumulada do Índice de Preços ao Consumidor, Série r - IPC-r.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica:

I - às operações e contratos de que tratam o Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, e o art. 6º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994;

II - aos contratos pelos quais a empresa se obrigue a vender bens para entrega futura, prestar ou fornecer serviços a serem produzidos, cujo preço poderá ser reajustado em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados;

III - às hipóteses tratadas em lei especial.

Dessa maneira, é permitido o pagamento do negócio ou a previsibilidade da correção monetária em moeda estrangeira, desde que atendidos os requisitos expressos da legislação especial, tendo em vista a omissão do Código Civil, conforme artigo 318 do CC, *in fine*.

Em contrapartida, se a obrigação for exequível no Brasil, poderá o contrato prever a indexação em moeda estrangeira, desde que o pagamento ocorra em moeda nacional e a correção monetária seja o IPC-r.

A jurisprudência do STJ é uníssona neste sentido:

Direito civil e processual. Embargos do devedor à execução de título judicial. Acordo homologado em separação judicial. Embargos de declaração. Rejeição. Prequestionamento. Contratação em moeda estrangeira. Curso forçado da moeda nacional. Momento da conversão. Data do pagamento. - Não há previsão no art. 535 do CPC para reabertura do debate, se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado, notadamente quando fundados os embargos de declaração no mero inconformismo da parte. - Não se conhece do recurso especial na parte em que fundamentado em temas não apreciados pelo Tribunal estadual, o qual adotou premissa diversa da pretendida pela parte. - A peculiaridade do processo reside em acordo firmado entre as partes em sede de separação judicial, no qual a moeda americana serviu apenas como paradigma para estipulação dos valores a serem pagos pela conversão em moeda nacional. - Ressalte-se que não trata a discussão a respeito de estar o acordo inserido ou não nas hipóteses que excepcionam o comando do art. 1º do Dec.-Lei n.º 857/69, previstas no art. 2º e seus incisos, o que obsta a análise da questão sob a ótica das exceções legais e de sua aplicabilidade ou não ao processo. - Da mesma forma, salutar definir que não se trata de indexação em moeda estrangeira, o que é rechaçado pelo art. 27 da Lei n.º 9.069/95 (Lei do Plano Real) ao atrelar a correção monetária à variação acumulada do Índice de Preços ao

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 9.069. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências.* Publicada em 29 de junho de 1995.

Consumidor - IPC. - Desde que expressamente previsto que o pagamento realizar-se-á por meio da respectiva conversão em moeda nacional, é válida a contratação em moeda estrangeira, consideradas as peculiaridades do processo. - A obediência ao curso forçado da moeda nacional implica na proibição do credor de se recusar a receber o pagamento da dívida em reais e faz surgir a conclusão de que o momento da conversão em moeda nacional é o do pagamento da dívida e não o do ajuizamento da execução. Recurso especial não conhecido.535CPC1°8572°279.069 Lei do Plano Real.⁷⁷

Logo, configura-se inviável defender, em face da nossa legislação anterior e a vigente, a tese da viabilidade de um contrato firmado no Brasil, e a ser cumprido no mesmo local por partes estabelecidas no território brasileiro, ter como objeto prestação de pagar moeda estrangeira.

4.4. APLICAÇÃO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CONTRATOS INDEXADOS EM MOEDA ESTRANGEIRA

Quando o negócio jurídico buscar se utilizar de moeda estrangeira como indexador da correção monetária para as suas relações, diante do aporte de recursos externos na economia, os contratantes assumem o risco da flutuação ou variação natural do câmbio.

Assim, surgindo um fator que torne desproporcional a prestação pela alteração da taxa cambial o reconhecimento da onerosidade excessiva para uma das partes estará limitado a certos requisitos propostos pelo legislador, no artigo 478 do CC “*em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis*”.

Os contratantes assumem o risco dessa desvalorização, ao optarem pela cláusula de variação cambial, desprezando outras modalidades de contratação disponibilizadas no mercado, e se não provado esta excepcionalidade de acontecimento, afastará a aplicação da onerosidade excessiva podendo então dividir o encargo igualmente com os negociantes para retirar o excesso resultado da variável que estão sujeitos.

Conforme jurisprudência já assentada do STJ:

CIVIL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. CONTRATO COM CLÁUSULA DE REAJUSTE PELA VARIAÇÃO CAMBIAL. VALIDADE. ELEVAÇÃO ACENTUADA DA COTAÇÃO DA MOEDA NORTE-AMERICANA. FATO NOVO. ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONSUMIDOR. REPARTIÇÃO DOS ÔNUS. LEI N. 8.880/94, ART. 6º. CDC, ART. 6º, V.8.8806ºCDC6ºVI. Não é nula cláusula de contrato de arrendamento mercantil que prevê reajuste das prestações

⁷⁷ REsp 647672 SP 2004/0034872-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 13/02/2007, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 20.08.2007 p. 234.

com base na variação da cotação de moeda estrangeira, eis que expressamente autorizada em norma legal específica (art. 6º da Lei n. 8.880/94).6º8.880II. Admissível, contudo, a incidência da Lei n. 8.078/90, nos termos do art. 6º, V, quando verificada, em razão de fato superveniente ao pacto celebrado, consubstanciado, no caso, por aumento repentino e substancialmente elevado do dólar, situação de onerosidade excessiva para o consumidor que tomou o financiamento.8.0786ºVIII. Índice de reajuste repartido, a partir de 19.01.99 inclusive, eqüitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a higidez legal da cláusula, decotado, tão somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade.IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.⁷⁸

Há que se diferenciar o risco do próprio negócio, ou seja, decorrentes da própria atividade ou serviço acordado, em detrimento de riscos outros, estranhos a atividade desempenhada como, por exemplo, da variação da moeda.

Segundo Raffaele De Giorgi:

[...]Chamamos risco à probabilidade de que se verifique um dano futuro que uma outra decisão teria podido evitar. Se o evento indesejado ocorrer, poderá ser imputado a alguma decisão. (...) Na realidade, o risco descreve uma condição estrutural da ação dos sistemas da sociedade moderna. É claro que, diante do risco, não funciona a racionalidade clássica, como também não funcionam os seus modelos substitutivos mais recentes: as teorias da escolha racional ou outras construções complicadas da dificuldade de se decidir em condições de risco.[...] ⁷⁹

O contrato pactuado com lastro em moeda estrangeira envolve grau de risco devido à possibilidade de variação do cambio, mas o mesmo não pode ser suportado unilateralmente por um deles apenas, sob pena de enriquecimento sem causa. E a instabilidade econômica pode ensejar a proteção jurídica para o devido reequilíbrio. Dentro desta compreensão foi a solução preconizada no voto do ilustrado Ministro Ari Pargendler, no REsp n. 268.661/RJ, quando destacou que:

A desvalorização do real em relação ao dólar, em face da cláusula de indexação, acarreta, sim, onerosidade excessiva para o devedor, mas, salvo melhor juízo, não traz qualquer benefício ao credor, que apenas repassa para o financiador externo os reais adicionalmente necessários para pagar os dólares originariamente contratados.⁸⁰

78 REsp 472594 SP 2002/0132082-0, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 11/02/2003, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 04.08.2003 p. 217RDDP vol. 9 p. 127.

⁷⁹ DE GIORGI, Raffaele. *Direito democracia e risco – vínculo com o futuro*. Porto Alegre: ed. Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 14.

⁸⁰ REsp 268661 RJ 2000/0074504-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/08/2001, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 24.09.2001 p. 296RDR vol. 22 p. 275REVJUR vol. 287 p. 101RSTJ vol. 149 p. 296.

Em contrapartida, a brusca elevação da cotação da moeda estrangeira frente à nacional ou vice-versa, constituiu notória fato superveniente que tornou excessivamente onerosa a cláusula ajustada de correção das prestações devidas pelo arrendatário pela variação cambial, encontrando-se, pois reconhecidamente pela jurisprudência, principalmente aos contratos de arrendamento mercantil (leasing) que foram firmados próximos ao ano de 1999, momento em que houve uma estratégica desvalorização do Real para se criar um ambiente economicamente saudável para os negócios brasileiros.

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO REGIMENTAL - ARRENDAMENTO MERCANTIL - AÇÃO REVISIONAL - REAJUSTE - VARIAÇÃO CAMBIAL DE MOEDA ESTRANGEIRA - LEGALIDADE - ART. 6º, DA LEI 8.880/94 - ONEROSIDADE EXCESSIVA - DIVISÃO DOS ENCARGOS EM PARTES IDÊNTICAS - DESPROVIMENTO. 1 - É lícita a cláusula de contrato de arrendamento mercantil que prevê reajuste das prestações com base na variação da cotação de moeda estrangeira, eis que expressamente autorizada em norma legal específica (art. 6º, da Lei n. 8.880/94). 2 - Com relação à matéria relativa à variação cambial nos contratos de arrendamento mercantil, a Eg. Segunda Seção desta Corte pacificou o entendimento no sentido da divisão, em partes idênticas, dos encargos decorrentes da abrupta mudança ocorrida na cotação da moeda norte-americana entre arrendante e arrendatário a partir de janeiro de 1999. Precedente (REsp 472.594/SP). 3 - Agravo regimental desprovido.⁸¹

Ou ainda como, por exemplo, um contrato de importação realizado com país europeu que diante do surgindo da União Européia sofra alteração contratual do preço estipulado em moeda alemão para o euro supervalorizado frente à moeda brasileira causando uma onerosidade excessiva imprevisível.

4.5. ANÁLISE DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA QUANTO A PERMISSÃO DA REVISÃO CONTRATUAL VINCULADA À MOEDA ESTRANGEIRA

A aplicação da teoria da imprevisão no contrato em análise tem como origem da discussão acadêmica o Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional iniciado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, seguido por Itamar Franco, instituiu a unidade real de valor (URV) para servir exclusivamente como padrão de valor monetário, conforme disposição a Lei Federal Nº 8.880/94, posterior redundaram no Plano Real com a Lei 10.192/01, então a vinculação de correção monetária vinculada à moeda estrangeira ficou expressamente vedada, conforme:

⁸¹ AgRg no REsp 841.370/DF, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ 18.09.2006.

Art. 1º As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal.

Parágrafo único. São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:

I - 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;⁸²

O art. 6º da Lei N° 8.880/94 do URV, acima referendado, ressalva as hipóteses em que permite a vinculação à variação cambial:

Art. 6º - É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior.⁸³

No Decreto-Lei N° 857/69 já trazia a proibição do Plano Real, e ressalva, sem eu artigo 2º elenca os contratos em que se permite o atrelamento do negócio à moeda estrangeira:

Art. 1º 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 do cruzeiro.

Art. 2º Não se aplicam as disposições do artigo anterior:

I - aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias;

II - aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacional, vendidos a crédito

III - aos contratos de compra e venda de câmbio em geral;

IV - 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 no território nacional;

V - aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país.⁸⁴

Com o advento da Lei n.º 8.880/94, que criou a URV como padrão de valor monetário, bem como as medidas provisórias que ensejaram, finalmente, na edição da Lei n.º 10.192/01 (Plano Real), a vinculação de correção monetária ao dólar americano ficou expressamente vedada, salvo em hipóteses legalmente autorizadas, conforme supracitado.

Concluimos, portanto que a teoria da imprevisão prevista na regra do *rebus sic stantibus* tem como pressuposto o fato de que, na oportunidade da assinatura do contrato, as

82 BRASIL. Lei n° 10.192. *Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências*. Publicação em 14 de fevereiro de 2001.

83 BRASIL. Lei n° 8.880/94. *Dispõe sobre o Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional, institui a Unidade Real de Valor (URV) e dá outras providências*. Publicação em 27 de maio de 1994.

84 BRASIL. Decreto-Lei N° 857/69. *Consolida e altera a legislação sobre moeda de pagamento de obrigações exequíveis no Brasil*. Publicação em 11 de setembro de 1969.

partes não tinham condições de prever os acontecimentos, como por exemplo a variação cambial extraordinária com a mudança do Plano Real ou outro fator externo, que pode acabar surgindo durante sua execução. Por isso se fala em imprevisão. A alteração do contrato em época futura tem como base certos fatos que no passado, quando do fechamento do negócio, as partes não tinham condições de prever.

Salientamos que na sistemática do CDC não há necessidade desse exercício todo quando caracterizada a relação de consumo, pois naturalmente em um contrato de atrelamento ao dólar observa-se que a instituição que presta o serviço tem melhores condições de prever o mercado e as suas variações.

4.6. INPC COMO SUBSTITUTO DO INDEXADOR ESTRANGEIRO

A fim de se evitar o desequilíbrio contratual e culminante em um enriquecimento irregular de um dos contratantes, as cláusulas que estipulam a correção da dívida por variação cambial podem ser substituídas por outras cujo índice aponte a real desvalorização interna da moeda.

Para isso, o legislador previu na redação do art. 480, in fine, “*alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.*” do CC/02 a possibilidade do julgador alterar o contrato.

Em razão de fato superveniente ao pacto celebrado, consubstanciado, no caso, por aumento repentino e substancialmente elevado do dólar, situação de onerosidade excessiva para a parte que tomou o financiamento, conforme acórdão:

Revisão de contrato - Arrendamento mercantil (leasing) - Relação de consumo - Indexação em moeda estrangeira (dólar) - Crise cambial de janeiro de 1999 - Plano real. Aplicabilidade do art. 6, inciso V do CDC - Onerosidade excessiva caracterizada. Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação. Necessidade de prova da captação de recurso financeiro proveniente do exterior. - O preceito insculpido no inciso V do artigo 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor. - A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas. - A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a instituição financeira está assegurada quanto aos riscos da variação cambial, pela prestação do consumidor indexada em dólar americano. - É ilegal a transferência de risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio das instituições de crédito, ao consumidor, ainda mais que não observado o

seu direito de informação (art. 6º, III, e 10, "caput", 31 e 52 do CDC). - Incumbe à arrendadora se desincumbir do ônus da prova de captação de recursos provenientes de empréstimo em moeda estrangeira, quando impugnada a validade da cláusula de correção pela variação cambial. Esta prova deve acompanhar a contestação (art. 297 e 396 do CPC), uma vez que os negócios jurídicos entre a instituição financeira e o banco estrangeiro são alheios ao consumidor, que não possui meios de averiguar as operações mercantis daquela, sob pena de violar o art. 6º da Lei n. 8.880/94.⁸⁵

E a jurisprudência dos tribunais superiores é cristalina ao destacar a possibilidade do juiz, diante de um caso em que o cambio flutuante extrapola os limites aceitáveis do negócio avençado, no chamado poder integrativo do contrato, substituir o indexador em moeda estrangeira pelo INPC/IBGE (índice nacional de preços ao consumidor elaborado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), que é um índice importante para retratar a alta dos preços ao consumidor para os recebem de um a seis salários mínimos, corresponde a um indicador para a correção do próprio salário básico, além de ser uma das raias para a aferição da inflação e outros atributos.

AGRAVO REGIMENTAL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. VARIAÇÃO CAMBIAL. REPARTIÇÃO DOS ÔNUS ENTRE AS PARTES.

1. Está consolidado nesta Corte o entendimento de que devem ser repartidos igualmente entre as partes os ônus decorrentes da brusca variação cambial ocorrida a partir de 19.01.1999, nos termos do REsp n. 472.594/SP. 2. Agravo regimental desprovido.⁸⁶

E a Ministra Nancy Andrighi foi à precursora de que o INPC deve ser aplicado na revisão do contrato através do REsp 268.661, conforme supracitado e que passou a ser adotado, segundo o voto no relatório do Ministro Luis Felipe Salomão:

[...] ressalta-se que consoante entendimento firmado nas Turmas de Direito Privado do STJ, é possível a revisão de cláusula de reajuste dos contratos de arrendamento mercantil, mediante a substituição da variação cambial pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, em decorrência do repentino aumento da moeda norte-americana em relação ao real, por constituir-se fato econômico superveniente e alheio à vontade dos contratantes.⁸⁷

Deve assim, ser estabelecido outro indexador para manter a atualização monetária das contraprestações, devendo, por isso, ser adotado o INPC desde janeiro de 1999, quando o contrato tornou-se onerosamente excessivo para o Apelante, com a restituição do valor pago a maior.

Neste sentido:

⁸⁵ REsp 268661 RJ 2000/0074504-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/08/2001, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 24.09.2001 p. 296RDR vol. 22 p. 275REVJUR vol. 287 p. 101RSTJ vol. 149 p. 296.

⁸⁶ AgRg 1009153 RJ 2008/0021240-1, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 04/12/2008, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2008.

RESCISÃO E REVISÃO CONTRATUAIS. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL RESCINDIDO POR INADIMPLEMENTO DO ARRENDATÁRIO. PACIFICADO O ENTENDIMENTO DE QUE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR É APLICÁVEL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ÔNUS DA PROVA QUE DEVE SER INVERTIDO EM FAVOR DO CONSUMIDOR. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE NÃO DEMONSTROU AS VERBAS QUE COMPÕEM A CONTRAPRESTAÇÃO INICIAL DO CONTRATO. INFORMAÇÕES RELATIVAS À OPERAÇÃO QUE DEVEM SER PRESTADAS AO CONSUMIDOR ADERENTE. EXISTÊNCIA DE COBRANÇA DE JUROS NO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE JUROS CAPITALIZADOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA MP Nº 2087-30, DE 22 DE MARÇO DE 2001, ATUALMENTE REEDITADA SOB O Nº 2.170-36/2001. LIMITAÇÃO DOS JUROS EM 1% A.M. INDEXAÇÃO EM MOEDA ESTRANGEIRA (DÓLAR). CRISE CAMBIAL DE JANEIRO DE 1999. PLANO REAL. ONEROSIDADE EXCESSIVA CARACTERIZADA. CLÁUSULA NULA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJPR - 18ª C. C. - AC 0702158-3 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Carlos Mansur Arida - J. 06.10.2010).

APELAÇÃO CÍVEL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. REVISÃO CONTRATUAL. (...) CORREÇÃO DE PARCELAS POR MOEDA ESTRANGEIRA. DESVALORIZAÇÃO CAMBIAL. FATO SUPERVENIENTE. SUBSTITUIÇÃO PELO INPC. (...) CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DO DESEMBOLSO. JUROS DE MORA. CITAÇÃO VÁLIDA. (...) (TJPR - 17ª C. C. - AC 0408107-4 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Vicente Del Prete Misurelli - J. 23.05.2007)

Assim, há que se diferenciar a relação de consumo do contrato puro entre partes igualitárias, pois refletirá na forma como o órgão julgador analisará os requisitos para possível revisão ou não do contrato diante das alterações de sinalagma, como se segue um julgado trazido recentemente ao STF em que a parte solicita a correção das prestações que foi acordada pelo dólar americano devido à importação de determinada máquina, já que o artigo 6º do CDC dispensa a imprevisibilidade para a correção da prestação:

CONTRATO - Fiança - Aquisição de máquina impressora importada - Correção das prestações de acordo com a cotação do dólar americano - Alegação de onerosidade excessiva - CDC - Inaplicabilidade - Destinatário final - Inocorrência - Autora não adquiriu a máquina impressora para consumo próprio, mas para ser utilizada em sua linha de produção industrial: impressão de livros, jornais, revistas, periódicos etc - A aquisição de bens, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negociada, não se reputa como relação de consumo e sim como uma atividade de consumo intermediária - Afastamento da incidência da legislação consumerista - Inexistência de cláusula abusiva na forma prevista no contrato para a correção das prestações - Descabimento do controle judicial em favor de quem livremente assumiu obrigação de pagamento em moeda estrangeira - Improcedência da ação revisional de cláusula contratual.⁸⁸

⁸⁷ AgRg nos EDcl nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 725.113 – GO, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJe 10.02.2011.

⁸⁸ Agravo de Instrumento 818305 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 02/08/2012, Data de Publicação: DJe-155 DIVULG 07/08/2012 PUBLIC 08/08/2012.

CONCLUSÃO

Iniciamos esse estudo apresentando o conceito de lesão e a evolução das teorias do momento de sua formação do negócio jurídico.

Existe previsão legal no mundo jurídico para revisão contratual por onerosidade excessiva no momento da contratação e no momento da execução do contrato, que se fundamenta em prejuízos causados a um dos contratantes.

O objeto desse estudo foi baseado na previsão do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor e suas divergências, principalmente com relação à aplicação da revisão contratual nos contratos de execução continuada atrelado à moeda estrangeira.

Tecemos então um paralelo entre as teorias da onerosidade excessiva e imprevisão, bem como o momento de suas aplicações.

Logo, apresentamos o conceito do contrato de execução continuada e a possibilidade legal de se atrelar o pagamento e a correção da moeda estrangeira a esses contratos. Em seguida, concluímos que não é possível a aplicação do pagamento em moeda estrangeira segundo nossa legislação, contudo, se a obrigação for exequível no Brasil, poderá o contrato prever a indexação em moeda estrangeira, desde que o pagamento ocorra em moeda nacional e a correção monetária seja o IPC-r.

Assim, caso os contratantes optem por utilizar a correção monetária em moeda estrangeira para suas relações e por surgir algum fator circunstancial que torne desproporcional a prestação pela alteração da taxa cambial o reconhecimento da onerosidade excessiva para uma das partes poderá ser reconhecido, desde que atendidos certos requisitos propostos pelo legislador, no artigo 478 do CC “*em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis*”.

Alguns doutrinadores tem entendido que essas cláusulas de variação cambial, em caso de desequilíbrio contratual, podem ser substitutas por outro índice de reajuste, como o INPC.

Portanto, os contratantes ao acordarem pelo pagamento do negócio através da moeda estrangeira, modo de solução tão comum em tempos correntes, assumem o risco da flutuação ou variação natural do câmbio no mercado financeiro. Resta saber, diante do caso concreto e das inúmeras variantes incidentes no mercado que são capazes de modificar a cotação cambial, se esta variação cambial ocorreu por fatores previsíveis ou corriqueiros resultantes

das contingências naturais do mercado financeiro ou ainda foi um acontecimento imprevisível que rompeu com o liame circunstancial do momento econômico, que acarretou um abalo financeiro relevante a ponto de causar a ruptura causal ordinária da situação fática avençada entre os contratantes.

Diante destas circunstâncias, terão as partes prejudicadas pela onerosidade, à oportunidade de evocar o Poder Judiciário para corrigir o sinalagma do contrato ou resolver a desigualdade afim de que minimizem as perdas monetárias ou preservem o negócio jurídico já em curso, ou ainda ajustá-lo através de um valor médio ao eleger novo paradigma para a taxa de câmbio, o INPC e o IPC-r para a correção monetária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*. 3ª ed. Saraiva, 2007.

CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão Contratual e Lesão. À luz do Código Civil de 2002 e da constituição da República*. Ed. Renovar. 2008.

CASADO, Márcio Mello. Considerações sobre a lesão nos contratos. Artigo publicado na RJ (Revista Jurídica) n. 226. Ago/1996.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito democracia e risco – vínculo com o futuro*. Porto Alegre: ed. Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

DONNINI, Rogério Ferraz. *A Revisão dos Contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro, 3ª ed. Método, 2002.

DONOSO, Denis. Teoria da imprevisão no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Jus Navigandi*, Teresina, ano9, n.269, 2 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5030>>.

EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Algumas considerações sobre a Teoria da Imprevisão. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/doutrina/texto.asp?id=2206>>. Acesso em: 03/09/2012 às 10h23min.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais*. v. 3. 8ª ed. Saraiva. São Paulo, 2011.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da Justiça Contratual*, Col. Prof. Agostinho Alvim 2ª ed. Saraiva. São Paulo, 2011.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa: de acordo com o novo Código Civil*. Ed. Saraiva. São Paulo, 2004.

NASSER, Paulo Magalhães. *Onerosidade Excessiva no contrato civil*. 1ª ed. Saraiva, São Paulo, 2012.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 14.º ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pag. 370

PEREIRA, Caio Mário Silva. *Lesão nos Contratos*. Editora Forense. 6ª ed. Rio de Janeiro, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Fontes das Obrigações*. v. 3. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. Direito Civil: Contratos. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SOUZA, Sylvio Capanema de. O Impacto do Novo Código Civil no Mundo dos Contratos. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 14 de mai. de 2003. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1340/O_IMPACTO_DO_NOVO_CODIGO_CIVIL_NO_MUNDO_DOS_CONTRATOS>.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Volumes I, Editora Atlas. 12ª ed. São Paulo, 2012.