

um mundo de máxima vulnerabilidade. Tudo isso acarreta a faculdade que a Administração de épocas anteriores não conhecia nessa proporção.

Uma função de tão extraordinária influência não pode guiar-se tão-somente por critérios funcionais, senão também que tem de se orientar por cânones superiores, sob pena de deixar de reconhecer que a ordem social não é tão-somente uma estrutura funcional, senão também um complexo dirigido à realização da Justiça social.

Nessa feição a ação social do Estado é controlada pelo Poder Judiciário, para a defesa dos direitos subjetivos das pessoas físicas ou jurídicas que entram em contacto com a Administração.

27. *Conceito de Direito Administrativo.* — Pode-se, pois, dizer que assim como o Direito Civil é o conjunto de regras e institutos que regulam os direitos e as obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações, assim o Direito Administrativo vem a ser o conjunto das regras e institutos que regulam os direitos e as obrigações de ordem da Administração Pública concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações.

A INDEXAÇÃO DOS EMPRÉSTIMOS ASSISTENCIAIS

AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO

Professor das Faculdades de Direito da Universidade do Estado da Guanabara e da Universidade do Brasil

1 — *A inflação e os contratos.* 2 — *Cláusulas de defesa contra a instabilidade econômica.* 3 — *Cláusula de escala móvel.* 4 — *Proibição da cláusula-ouro.* 5 — *Legitimidade da cláusula escalar.* 6 e 7 — *A indexação no direito brasileiro.* 8 — *Conclusão.* 9 — *Indexação e usura.* 10 — *Promessa de compra e venda.* 11 — *A garantia hipotecária.* 12 — *Poder regulamentar estadual* (1).

A inflação e os contratos

1. A inflação e as conseqüências que dela decorrem sobre a estabilidade da moeda influem sobre os contratos em geral, chegando ao ponto de impedir ou, pelo menos, dificultar essencialmente a prática dos chamados contratos de execução diferida e contratos de duração ou de trato sucessivo.

Essa influência inibitória da instabilidade da moeda atua exatamente sobre o estímulo nuclear dos contratos onerosos, a sua causa segundo alguns, ou seja, o princípio do equilíbrio ou da equivalência das prestações.

Daí decorre uma atitude de resistência. Elimina-se a possibilidade de realizar contratos de prestação sucessiva, continuada ou diferida, a menos que se encontre uma fórmula de reajustamento das prestações.

(1) O presente trabalho foi escrito em abril de 1964. Por essa razão, nele não está mencionada a legislação ulterior, relativa à cláusula de escala móvel.

A lição de ORLANDO GOMES é a propósito muito oportuna: “Dê-se estado de coisas decorrem importantíssimas conseqüências para o próprio ordenamento jurídico, a mais grave das quais é a decadência do contrato, impedido como fica, em razão da depreciação monetária, de preencher suas funções jurídicas e econômicas, na justa apreciação de NOIREL (*in Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, estudos de direito privado sob a direção de PAUL DURAND, pág. 93). Mas, como outro instrumento não há para a autodeterminação dos interesses particulares, o contrato subsiste desprovido da sua função básica de estabilizar situações jurídicas e prevenir, pela sua força obrigatória, os riscos normais, procurando adaptar-se à instabilidade do meio monetário. Observa o mesmo escritor que, em face das ameaças que a perda do valor da moeda faz pesar sobre o equilíbrio contratual, a prática reagiu de dois modos, um negativo e outro positivo (trab. cit., pág. 114). A *reação negativa* consiste, segundo êle, em suprimir radicalmente os perigos da depreciação monetária, eliminando do contrato o fator tempo, ou, pelo menos, reduzindo-o ao mínimo (trab. cit., loc. cit.). A *reação positiva*, através das cláusulas de reajustamento, dentre as quais sobreleva a *cláusula de escala móvel*” (2).

Há contratos nos quais a eliminação do fator tempo não é possível, sob pena de deixarem de realizar-se funções e atividades de transcendental importância para o interesse da coletividade: figuram nesse caso os empréstimos sociais ou assistenciais, em que é nenhum o objetivo de lucro, sendo, ao contrário, fundamental a finalidade de previdência e assistência.

Resta, pois, a solução de buscar-se, para que se tornem factíveis tais empréstimos e financiamentos, uma fórmula de reajustamento ou de revisão do valor das prestações.

Cláusulas de defesa contra a instabilidade econômica

5. Variam, como se sabe, as chamadas cláusulas de defesa — “*clauses réactives*”, como as designa FRANÇOIS GÉNY (3) — contra a instabilidade econômica.

(2) Cf. *Influência da inflação nos contratos*, in *Rev. For.*, vol. 200, pág. 18.

(3) Cf. *La validité juridique de la clause “payable en or” dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé*, S.A. du Recueil Sirey, Paris, 1926, págs. 10 e 11.

Tais cláusulas podem ser de duas espécies: de um lado, as cláusulas propriamente monetárias; de outro lado, as cláusulas meramente de valor.

A diferença entre as primeiras e as últimas está em que aquelas dizem respeito ao instrumento ou modo de pagamento, enquanto estas se referem à substância do débito.

F. A. MANN registra a distinção, sob as designações de *modality clause* e de *value clause* (4).

As cláusulas monetárias conhecidas são as mais diversas. Entre elas destacam-se, constituindo-lhes o paradigma, as cláusulas ouro, prata, divisa estrangeira, valor-ouro, ouro-ágio, valor-prata, valor-divisa estrangeira e seus sucedâneos.

As cláusulas meramente de valor são de duas categorias: as estáticas ou implícitas nos negócios e as dinâmicas.

Cláusulas de valor estáticas são as que resultam da teoria da imprevisão, da teoria da base do negócio e da teoria das dívidas de valor.

Em tôdas essas hipóteses de cláusulas estáticas, a solução oferecida é a da revisão da obrigação ou contrato, sob determinados pressupostos.

Na teoria da imprevisão se baseia a cláusula *rebus sic stantibus*, segundo a qual fica autorizada a revisão judicial das prestações contratuais se a superveniência de circunstâncias, não previsíveis à época da convenção e que subvertam fundamentalmente o equilíbrio e a economia do contrato, vier acarretar prejuízo extraordinário e essencial a uma das partes na realização das prestações a que se obrigou.

A teoria da base do negócio, de procedência germânica, parte da idéia de que a vontade negocial, ao ser formulada nos contratos, tem como fundamento ou pressuposto objetivo a manutenção, durante a vigência do ato, de condições gerais semelhantes às do momento em que êste foi celebrado, ou melhor, àquelas que serviram de base para a convenção. ORLANDO GOMES assim sintetiza os conceitos de LARENZ a propósito: “Mas LARENZ a retomou (refere-se à teoria de OERTMANN, nossa é a ressalva) para tentar objetivar o conceito de *base do negócio*, definindo-a como o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência o contrato pressupõe,

(4) Cf. *The legal aspect of money*, 2.^a ed., 1953, Oxford, At the Clarendon House, pág. 114.

saibam ou não os contratantes, circunstâncias que, se não persistissem, o contrato não pode ser mantido, pois o seu fim não será alcançado, nem atingido o propósito das partes contratantes (*Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*, pág. 37). Dentre os casos nos quais a base objetiva do contrato desaparece está a da *destruição da relação de equivalência*. Nos *contratos comutativos* “a contraprestação é, a juízo de cada parte, o exato equivalente de sua própria prestação” (LARENZ, ob. cit., pág. 130)” (5).

A teoria das dívidas de valor (*adaptable debt, Wertschuld* ou *Geldwertschuld*) afirma que se impõe distinguir entre dívidas consistentes numa quantia certa de dinheiro e dívidas que, embora expressas em moeda, têm no entanto por objeto proporcionar a obtenção ou recuperação de bens, objetos ou valores determinados. TULLIO ASCARELLI a respeito preleciona: “Por conseguinte, o problema é diverso quando nos achamos não diante de um débito, mas diante do diverso problema de uma “avaliação”, em que a moeda é levada em conta, não como objeto de dívida, mas como medida de valor: nesta hipótese não é mais aplicável o princípio do valor nominal e não poderá êste ser invocado para sustentar não serem equivalentes valores, cuja diversidade assenta apenas na diversidade da expressão moedária dêles, à vista da mudança do poder aquisitivo da moeda” (6). Entre os exemplos de dívidas de valor, mencionam-se as relativas a alimentos, à indenização por ato ilícito, sobretudo a que consista na concessão de pensão ou renda vitalícia em consequência de danos pessoais, ao reembolso de despesas, à repetição de indébito em consequência de enriquecimento sem causa do *accipiens*, etc.

Convém observar que, embora em todos êsses casos estejam em cogitação cláusulas estáticas, poderá haver a conjugação eventual com um elemento dinâmico, de modo a converter a hipótese em uma vera obrigação de conteúdo monetário variável. É o que acontecerá se se indexasse o valor da prestação alimentícia ou das pensões concedidas como forma de ressarcimento de danos pessoais, vinculando tais débitos a uma cláusula escalar. Nesse caso,

(5) Cf. ORLANDO GOMES, *op. cit.*, pág. 20.

(6) Cf. *As dívidas de valor*, na obra de ASCARELLI — *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, 1945, Saraiva & Cia., S. Paulo, pág. 195; cf. também ARTHUR NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, trad., Eds. Arayú, Bs. Aires, 1954, pág. 261 e segs.; ARNOLD WALD, *A cláusula de escala móvel*, 2.^a ed., 1959, Edit. Nac. de Direito, Rio, pág. 83 e segs.

entraria em jôgo uma cláusula dinâmica, matéria de que passaremos agora a ocupar-nos.

Cláusula de escala móvel

3. As cláusulas meramente de valor de natureza dinâmica são aquelas de que resulta configurar-se como um negócio jurídico de conteúdo monetário variável a obrigação ou o contrato em que se inserem.

Tais cláusulas denominam-se de cláusulas de escala móvel, cláusulas escalares, cláusulas de escalonamento ou número-índice (*clauses d'échelle mobile, escalator clauses, sliding scales, index clauses*).

Consistem na indexação do valor das prestações, com base em um fator, número ou índice de revisão automático, em geral correspondente à depreciação da moeda (7), à elevação do custo de vida ou a circunstâncias relacionadas com uma ou com a outra — salário mínimo, valor da mão-de-obra, custo dos materiais de construção, etc.

Essas cláusulas são dinâmicas, pôsto que a revisão se faz a cada passo e pelas próprias partes, sem necessidade de intervenção do juiz, por iso que a “*adaptability*” ou determinação da dívida consiste numa simples operação aritmética tendo por fator o índice preestabelecido.

A cláusula de escala móvel comporta ainda u’a modalidade ou variante, que é a da cláusula de reabertura (*re-opening*) ou de tolerância, em que se fixa um certo limite dentro do qual o reajustamento da prestação não se fará ou a cuja superação se condiciona a revisão desta (8).

Em um caso como no outro, a cláusula escalar é diversa da cláusula-ouro, valor ouro, ouro-ágio, divisa estrangeira e demais cláusulas monetárias sucedâneas destas. Na própria classificação que fizemos entre cláusulas de valor e cláusulas monetárias, a cláusula de escala móvel foi identificada entre as primeiras, ao passo que a cláusula-ouro se localizou entre as últimas.

(7) O conceito depreciação está usado no seu sentido estrito (*dépréciation, Entwertung*), para designar o fenômeno econômico da perda de poder aquisitivo da moeda no mercado. Como se sabe, conceito diverso dêste é o de desvalorização (*dévaluation, Abwertung*), que decorre de ato legislativo e consiste em fixar-se o valor da unidade de moeda em um nível ou padrão inferior ao atual em relação ao ouro. A propósito, cf. NUSSBAUM, *op. cit.*, pág. 250.

(8) Cf. NUSSBAUM, *op. cit.*, pág. 421.

Por isso mesmo, a proibição da cláusula-ouro e cláusulas semelhantes de modo nenhum contagia a estipulação da *sliding scale*.

Proibição da cláusula-ouro

4. Vejamos em que consiste a proibição da cláusula-ouro e qual a razão em que ela se inspira.

Superado o velho sistema do metalismo, hoje todos os Estados adotam, em princípio, a tese do nominalismo em matéria monetária, segundo a qual a moeda cunhada pelo Estado, com um *valor impositus*, tem curso e aceitação por força do *fiat estatal*, independentemente da verificação do valor do metal em que fôra cunhada ou a que corresponda o papel que a simbolize ou represente (9).

Para assegurar a ampla circulação da moeda, o Estado decreta o seu curso legal (*legal tender, cours légal, Annahmезwang* ou *gesetzliches Zahlungsmittel*), de que decorre o poder liberatório para o devedor em consequência da entrega ao credor das cédulas ou unidades correspondentes — “em outros termos”, como observa ARNOLD WALD, “moeda de curso legal é aquela que o credor não pôde recusar quando oferecida pelo devedor em pagamento de sua dívida” (10).

Uma segunda qualificação legal que pode ser consagrada em matéria de moeda é a do curso forçado ou inconvertibilidade (*cours forcé, forced issue, compulsory tender, fiat money, Zwangskurs*); a sua decretação importando em u'a moratória *sine die* concedida ao banco ou autoridade emissora, exonera-a de substituir ou trocar por ouro ou outra moeda metálica as cédulas respectivas. GÉNY a respeito preleciona: “Quant au “cours forcé” (ou inconvertibilité), il n'est pas autre chose, comme on l'a dit souvent, qu'un moratorium *sine die* concédé à la Banque de France, la dispensant de rembourser provisoirement en monnaie métallique les billets à vue qu'on lui présente, afin de lui faciliter les avances demandées par l'État, en échange de nouvelles émissions concédées, sans que s'épuise son encaisse, jusqu'à anéantir le gage réel de ses créanciers et rendre

(9) Cf. NUSSEBAUM, *op. cit.*, pág. 23; ARNOLD WALD, *A cláusula ... cit.*, pág. 46 e segs.

(10) Cf. *op. cit.*, pág. 55. F. A. MANN, *op. cit.*, pág. 33, assim traduz esse conceito: “It is, however, clear that legal tender is such money as, if proffered, it is incumbent on the creditor to accept in discharge of the debt”. Coincidentes são as palavras de GÉNY, *op. cit.*, pág. 26: “Le cours légal n'a manifestement pour objet que de faire du billet de banque l'équivalent des monnaies consacrées par la loi”.

praticamente impossível, surtout en présence d'un moratorium des échéances, la poursuite de ses opérations d'escompte” (11).

Esse fenômeno da inconvertibilidade da moeda ou do curso forçado é típico dos períodos inflacionários, em que as emissões de papel moeda vão muito além das disponibilidades de lastro metálico. GASTON JÈZE, por isso mesmo, pôde daí extrair consequências interessantes para a qualificação das relações entre o portador da moeda e o Estado emitente: “Le but presque toujours poursuivi par un gouvernement qui édicte le cours forcé, est un but financier et non économique; il cherche a opérer, sur le public, soit un *emprunt forcé* du type empirique, soit même un *prélèvement empirique sur le capital*; un *emprunt forcé*, quand les gouvernants croient au remboursement ultérieur du papier; un *prélèvement sur le capital*, lorsqu'ils ne peuvent plus douter raisonnablement qu'il n'y aura jamais remboursement au pair. Ordinairement, tout au début, l'émission de papier-monnaie avec cours forcé est un *emprunt forcé*; elle se transforme souvent ensuite en *prélèvement sur le capital*” (12).

Pois bem, a proibição das cláusulas ouro, prata, divisa estrangeira, etc., se insere normalmente nessa moldura ampla do curso forçado. A doutrina de modo geral afirma que a vedação da cláusula-ouro não está implícita na decretação do curso forçado. Afirma-o com razão, porque o curso forçado importa, apenas, em uma libe-

(11) Cf. *op. cit.*, pág. 26. Diz F. A. MANN, *op. cit.*, pág. 39: “Inconvertibility exonerates the bank of issue from paying its notes in gold and puts it merely under the obligation to pay them in currency, i. e. in its own notes, it being irrelevant whether an individual note was issued before or after the introduction of inconvertibility or whether it is held and situated inside or outside the country”.

(12) Cf. *Cours de Science des Finances et de Législation Financière Française — La technique du crédit public*, Paris, Marcel Giard, 1925, 6.^a edição, 2.^a parte, pág. 238 e 239. Nessa última página, acrescenta JÈZE: “La loi qui donne à la monnaie de papier *cours légal* est une loi organique de la circulation monétaire. Elle s'efforce de réaliser cette condition essentielle d'un bon système monétaire: l'élasticité, c'est-à-dire la mise à la disposition du public de la *quantité* d'instruments de paiement juste nécessaire à la masse des affaires à un moment donné; elle cherche à faire varier le montant de la circulation fiduciaire avec les besoins du commerce, de l'industrie, de la production. La loi qui donne à la monnaie de papier cours forcé pour un but purement économique est une mesure de circonstance qui peut se justifier, à la rigueur. Il n'en est plus de même de la loi de cours forcé à but financier. Alors le cours forcé n'est pas fait pour aider la production, en augmentant les moyens de paiement mis à la disposition du public, pour défendre l'encaisse métallique contre la panique. Le cours forcé est fait pour aider le Trésor public, pour lui fournir des ressources; c'est une mesure financière d'emprunt forcé empirique ou de *prélèvement empirique sur le capital*”.

ração dada à autoridade ou banco emitente quanto à obrigação de converter a moeda papel em ouro, e, portanto, constituindo u'a moratória, interessa às relações entre o portador da moeda e a entidade emitente: as relações, pois, entre credor e devedor são estranhas ao problema, nada impedindo, por conseguinte, que êles convençionem a cláusula-ouro. Para que tal convenção não seja permitida, é necessário que uma lei expressamente consagre a vedação (13). Quando tal disposição legal inibitória surge, tem-se não apenas o curso forçado (*cours forcé*), mas aquilo que LYON-CAEN denomina de — "*cours forcé pour tous les paiements*" (14).

Essa opinião, aliás, não é unânime. A jurisprudência francesa entende que a estipulação da cláusula-ouro está implicitamente vedada pela disposição que decreta o curso forçado.

Qualquer que seja a solução, o que importa assinalar é que se proíbe a cláusula-ouro, prata ou outra semelhante, porque ela visa a de alguma forma substituir o próprio meio de pagamento, isto é, a moeda.

Dir-se-á que nem sempre é assim, pôsto que ao lado da cláusula-ouro pura e simples ou lingote-ouro (*Goldmünzklause*; *gold bullion clause*) existe a cláusula valor ouro ou ouro ágio (*Goldwertklause*): na primeira estipula-se o pagamento especificamente em determinada moeda de ouro ou em certa quantidade dêsse metal, ao passo que na última o pagamento se fará em moeda corrente, tomando, porém, como base o valor do ouro.

Não há diferença essencial entre as duas hipóteses: o que sobleva é a substituição, em ambos os casos, do meio de pagamento que, ao invés de servir-se do veículo normal da moeda, toma como elemento de cotejo ou de concretização exatamente aquilo que o chamado — "curso forçado para todos os pagamentos" —, legalmente estabelecido, quis impedir, isto é, a convertibilidade em ouro, seja pelo Estado ou pelo banco emitente (curso forçado puro e simples), seja nas relações entre credor e devedor (curso forçado para todos os pagamentos).

(13) Cf. GÉNY, *op. cit.*, pág. 25. A propósito, cf. F. A. MANN, *op. cit.*, pág. 127: "There thus remains only one possibility of invalidating gold and other clauses, and that is special and express legislation". No mesmo sentido, cf. ARTURO DELMARTELLO, *Appunti in materia di clausola oro*, Milão, Giuffrè, 1942-XX, pág. 67 e segs.

(14) *Apud* GÉNY, *op. cit.*, pág. 27, nota 1.

Por isso mesmo é que a cláusula-ouro e seus sucedâneos são designados como cláusulas monetárias (15).

O nosso direito positivo proíbe tais cláusulas monetárias. A vedação está expressa, de modo inequívoco, no Decreto n. 23.501, de 27 de novembro de 1933 (16).

Legitimidade da cláusula escalar

5. Na cláusula de escala móvel a hipótese é diversa. Nela não se tem em vista o instrumento ou meio de pagamento, mas apenas a substância do débito.

A doutrina é tranqüila quanto à conclusão de que não se comunica à cláusula escalar a proibição da cláusula-ouro e seus sucedâneos.

É importante assinalar que a jurisprudência francesa entende estar a cláusula-ouro implicitamente vedada pela lei que na França decretou o curso forçado. Entretanto, essa mesma jurisprudência aceita como perfeitamente válida a estipulação da cláusula móvel, o que faz depois de distinguir entre o que denomina de cláusula monetária e cláusula econômica. Nesse sentido é a informação dada por NUSSBAUM (17), por MANN (18), por ORLANDO GOMES (19), entre outros; de interesse particular, aliás, são as observações sobre a estipulação da escala móvel nas locações em França, desenvolvi-

(15) Cf. ORLANDO GOMES, *op. e loc. cit.*, pág. 20: "O recurso à cláusula-ouro ou seus sucedâneos — divisas estrangeiras ou valores-divisas — seria um processo apto a evitar o desequilíbrio em certos contratos. Mas, como as estipulações dêsse teor recusam ou restringem, nos seus efeitos, o curso forçado da moeda, são geralmente proibidas. Entre nós, não se permitem".

(16) Antes dêsse diploma, já possuíamos disposição proibitiva de caráter especial, referente às contas-correntes em moeda estrangeira nos estabelecimentos bancários: era o Decreto n.º 21.316, de 25-4-1932. Aliás, o Decreto n.º 23.501 foi complementado por vários textos: a Lei n.º 23, de 15-2-1935 (que excluiu das disposições do Decreto n.º 23.501 os contratos para importação de mercadorias do estrangeiro), o Decreto-lei n.º 236, de 2-2-1938 (vedando o cumprimento no Brasil de cartas rogatórias decorrentes de execução de falências promovidas no estrangeiro contra bancos ou firmas brasileiras, com fundamento em cláusula-ouro), o Decreto-lei n.º 1.079, de 27-1-1939 (que considerou estipulados em moeda nacional os empréstimos em que a moeda fornecida tenha sido a nacional, desde que garantidos por hipoteca sobre imóveis situados no Brasil, pouco importando que nêles se convencionasse a cláusula-ouro ou moeda estrangeira), o Decreto-lei n.º 6.650, de 29-6-1944 (que excluiu do regime do Decreto n.º 23.501 as obrigações contraídas no exterior em moeda estrangeira para serem executadas no Brasil).

(17) Cf. *op. cit.*, pág. 426.

(18) Cf. *op. cit.*, pág. 131.

(19) Cf. *op. e loc. cit.*, pág. 21.

das na obra clássica de ROBERT MARTIN, RENÉ MAUS e PIERRE LAFARGE (19-A).

Não menos concludente é a posição do problema nos Estados Unidos da América. Sabe-se que o nosso Decreto n. 23.501, de 25 de novembro de 1933, consoante assinala HAROLDO VALLADÃO, em um dos seus magistrais estudos sobre a cláusula-ouro, teve por inspiração a Joint Resolution norte-americana, de 6 de junho de 1933 (20).

Pois bem, no direito da república americana do norte a cláusula móvel é considerada válida, não obstante a proibição, semelhante à vigente entre nós, da cláusula-ouro. Eis a observação de MANN, que começa por afirmar, em termos gerais, a validade das cláusulas escalares: "Their great attraction lies in the fact that so far legislators have, as a rule, not interfered with their validity and that, in particular, legislation abrogating the gold clause does not in most countries affect them. They are valid in the United State of America" (21). Em outra passagem, MANN é incisivo sobre o ponto indicado: "The American Joint Resolution applies to all obligations requiring payment of dollars "in gold or a particular kind of coin or currency", but does not affect index clauses" (22).

NUSSBAUM coincide no mesmo registro: "Las leyes abrogatorias de las cláusulas oro no afectan por lo general a las cláusulas índices. Lo mismo puede decirse de la Joint Resolution norte-americana" (23).

Também na Inglaterra, a cláusula escalar é válida e tem largo emprêgo, especialmente, nos acordos coletivos de trabalho (24).

(19-A) Cf. *Manuel des baux commerciaux*, 4.^a ed., Paris, Dalloz, 1957, pág. 489 e segs. É interessante observar que os autores, ao aludirem à validade da cláusula escalar (pág. 489), também se preocupam com o problema da cláusula-ouro, cuja ilegitimidade proclamam (pág. 490).

(20) Cf. *Estudos de direito internacional privado*, 1947, Liv. José Olympio - Edit., Rio, pág. 256. O autor, depois de dizer que o quinto "considerando" do Decreto n.º 23.501 se refere expressamente à Joint Resolution, transcreve o texto desta, para acrescentar: "Aí está a origem dos arts. 1.º e 2.º do Decreto n.º 23.501" (cf. pág. 256 cit.).

(21) Cf. *op. cit.*, pág. 131.

(22) Cf. *op. cit.*, pág. 128, nota 8.

(23) Cf. *op. cit.*, pág. 427.

(24) Cf. F. A. MANN, *op. cit.*, pág. 131: "While gold clauses used to be the most popular method of protecting the intrinsic value of monetary obligations, recent tendencies clearly indicate that index clauses are acquiring practical importance to an increasing extent. In this country such clauses frequently described as cost of living or sliding scale clauses, have for many

É óbvio que uma única hipótese marginal se apresentaria, na qual a cláusula de escala móvel não seria válida: trata-se do caso em que o índice escolhido fôsse o valor do ouro, da prata, da divisa estrangeira. Mas, já então, estaríamos em presença não mais de uma cláusula de valor, senão de uma autêntica e lídima cláusula monetária, matéria de que anteriormente nos ocupamos.

A indexação no direito brasileiro

6. Qual a posição da doutrina, no direito pátrio?

SAN TIAGO DANTAS registra, em tom aprobatório, a cláusula móvel como uma das fórmulas novas através das quais se manifesta a evolução do direito contratual (25).

ORLANDO GOMES é a propósito incisivo e, referindo-se tanto ao direito francês como ao nosso, assevera: "Razão não há, em verdade, nem ali nem nos países que proíbem o pagamento em ouro, para recusar validade às cláusulas de indexação" (26).

ARNOLD WALD, que à matéria consagrou uma interessante monografia, depois de longamente dedicar-se ao estudo do tema, conclui: "Em princípio, são válidas em direito brasileiro as cláusulas de escala móvel propriamente ditas (excluídas as cláusulas ouro, valor ouro, divisas estrangeiras e valor divisas) já que não proibidas e por não contrariarem as disposições legais sobre o curso forçado do cruzeiro papel" (27).

Na prática, comumente, se depara o emprêgo da escala móvel.

Vários textos a consagram. A própria Constituição de 1946 lhe faz de certo modo alusão, quando, em seu artigo 193, determina que "os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade".

No direito das sociedades, também a revisão, por índices de escala móvel, do balanço das emprêsas tem sido praticada, através das reavaliações de ativo, ou, como as chama a Lei n. 3.470, de 28

years been used in Collective Agreements, and in the United States of America as well as elsewhere the development seems to have been similar, but these clauses also occur outside the field of industrial relations".

(25) Cf. *Evolução contemporânea do direito contratual, in Problemas de Direito Positivo — Estudos e pareceres*, Rev. For., Rio, 1953, pág. 28.

(26) Cf. *op. e loc. cit.*, pág. 21.

(27) Cf. *A cláusula ... cit.*, pág. 166 e também pág. 231, além de várias outras passagens, no curso da obra.

de novembro de 1958, das correções do registro contábil do valor original dos bens do ativo imobilizado (28).

No terreno do crédito público, outrossim, já se registram casos de empréstimos indexados, tanto no plano federal — veja-se o artigo 4.º da Lei n. 3.337, de 12 de dezembro de 1957 —, quanto no plano estadual — examinem-se os títulos progressivos da Guanabara, indexados à base do aumento da arrecadação do impôsto de vendas e consignações, nos têrmos da Lei estadual n. 241, de 23 de novembro de 1962.

Nas operações de empréstimos e financiamentos do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, é comum a adoção de cláusulas escalares (29).

No campo do direito processual, a Lei n. 4.290, de 5 de dezembro de 1963, fixou a alçada com fundamento em um índice escalar, dispondo que das sentenças de primeira instância, proferidas em ações de valor não superior ao dôbro do salário-mínimo vigente nas capitais dos respectivos Estados e Territórios, só se admitirão embargos de nulidade ou infringentes do julgado.

As convenções coletivas de trabalho, outrossim, empregam habitualmente números-índices, com plena aceitação dos nossos tribunais.

Quando foram liberados os alugueres, nas locações residenciais e, em qualquer caso, nas locações para fins comerciais, a jurisprudência admitiu plenamente a estipulação de cláusulas de escalonamento que, só mais tarde, por fôrça de disposição legal expressa, foram limitadas — veja-se bem, limitadas, não proibidas (30).

Ainda há pouco, através do Decreto n. 53.702, de 14 de março de 1964 (de discutidíssima constitucionalidade, por um outro fun-

(28) Cf. a propósito o art. 101 e seus parágrafos do Regulamento do Impôsto de Renda, aprovado pelo Decreto n.º 51.900, de 10 de abril de 1963.

(29) Menciona-se como um dos fundamentos dessa prática o art. 16 da Lei n.º 2.973, de 26 de novembro de 1956.

(30) Cf. LUÍS ANTÔNIO DE ANDRADE e J. J. MARQUES F.º, *Locação predial urbana*, 2.ª ed., 1956, Max Limonad, vol. I, n.º 78, pág. 117; também L. A. ANDRADE, *Parecer*, in *Rev. For.*, vol. 170, pág. 102, e vol. 186, pág. 66. A jurisprudência tranqüila do Supremo Tribunal Federal está assim registrada na *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal*, aprovada na sessão de 13-12-1963, edição da Imprensa Nacional, 1964, n.º 65: “A cláusula de aluguel progressivo anterior à Lei n.º 3.494, de 19-12-1958, continua em vigor em caso de prorrogação legal ou convencional da locação”. A lei que limitou, em certos casos, a estipulação da cláusula, é a Lei n.º 3.494, citada.

damento), tabelou-se o aluguer dos imóveis residenciais com base no salário mínimo.

Hoje, no Estado da Guanabara, os valores dos vencimentos e gratificações dos servidores públicos estão indexados, tendo em vista o salário-mínimo regional, por fôrça do que dispõe o art. 4.º da Lei estadual n. 72, de 28 de novembro de 1961.

A adoção de cláusulas escalares tem aparecido em decisões judiciais que fixam pensões alimentares ou nas que, em ações de responsabilidade civil, condenam ao pagamento de pensões ou rendas vitalícias, no que se concretiza a conjugação de dívidas de valor com índices de escala móvel. Leiam-se, a respeito, Acórdãos do Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários ns. 39.360 e 46.536, cujas ementas estão publicadas na página 421 do Apenso ao *Diário da Justiça* (da União) de 17 de setembro de 1962 (31).

7. Não fica aí a prática brasileira, em matéria de escala móvel.

No terreno mesmo dos empréstimos sociais, destinados à aquisição da casa própria, já o Govêrno federal consagrou, em nada menos de três atos normativos, a indexação do reembolso dos financiamentos concedidos, acrescentando, aliás, que tais critérios se estenderiam às entidades estaduais e municipais que se integrassem no planejamento da Comissão Nacional de Habitação.

Os atos mencionados são os Decretos ns. 786, de 26 de março de 1962, 787, de 26 de março de 1962 e 1.120, de 1.º de junho de 1962.

O parágrafo 2.º do art. 1.º do Decreto n. 1.120 assim dispõe: “Fica facultada a inclusão de cláusulas nos contratos de financiamento, pela qual o saldo devedor seja atualizado tôda vez que houver revisão do salário mínimo local, proporcionalmente à sua variação”.

(31) Vejam-se, entre outros, os seguintes Acórdãos que concedem revisão de pensão mensal, tomando como índice o valor do salário mínimo: a) Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara — Agte.: Cia. de Carris, Luz e Fôrça do Rio de Janeiro, Ltda.; Agdo.: João Marques Melo — Rel.: BULHÕES DE CARVALHO — Acórdão da 4.ª Câmara Cível — *D.J.* de 5-9-1954, pág. 2.812 do Apenso; Acórdão do 3.º Grupo de Câmaras Cíveis — Apelação Cível n.º 38.985 — *D.J.* de 26-12-1959, pág. 748 do Apenso; Acórdão do 1.º Grupo de Câmaras Cíveis — Apelação Cível n.º 28.343 — *D.J.* de 11-8-1955, pág. 2.725 do Apenso; b) do Supremo Tribunal Federal; Recurso Extraordinário n.º 44.400, Rel.: LUIZ GALLOTTI; Recurso Extraordinário n.º 19.910, in *D.J.* de 11-2-1957, pág. 528 do Apenso.

Em circunstanciado parecer, ARNOLD WALD analisa cumpridamente tal legislação e demonstra a sua plena validade (32).

Conclusão

8. É tempo de afirmar a conclusão essencial de que a cláusula escalar é rigorosamente válida no direito brasileiro, nada obstando à sua legitimidade a proibição de estipular-se a cláusula-ouro ou seus sucedâneos. Estas últimas são cláusulas monetárias enquanto a primeira é uma cláusula meramente de valor.

O que resulta da indexação do contrato é simplesmente a atualização da substância da dívida, que a desvalorização da moeda ou o encarecimento do custo de vida podem tornar completamente irreal e inconsistente, se não se lhe introduzir a ventilação escalonar.

Já se disse que expedientes dessa espécie são indispensáveis à realização dos contratos de duração e dos de execução diferida, em conjunturas inflacionárias como a que vivemos (33). A opção é fatal: ou se encontra um critério válido e eficaz ou não se realizam contratos a longo e médio prazo. Essa última solução não é possível relativamente a certos contratos, como os financiamentos e empréstimos sociais, cuja finalidade eminentemente assistencial não permite o seu abandono ou a sua não-realização.

Nada encontramos que se oponha à validade, pois, da estipulação da cláusula móvel, no particular.

Indexação e usura

9. É recomendável que a validade da indexação seja confrontada com a legislação que proíbe a usura.

(32) Cf. Parecer, in *Rev. For.*, vol. 199, pág. 87 e 92.

(33) Exatamente pela predominância da inflação no mundo ocidental de nossos tempos, RÖPKE e BÜHLER designam como idade da inflação — “*Zeitalter der Inflation*” — a era em que vivemos (cf. OTTMAR BÜHLER, *Bilanz und Steuer*, 5.^a ed., 1952, Verlag Franz Vahlen GmbH., Berlim e Frankfurt a. M., pág. 312). NUSSBAUM, do mesmo modo, diz ser o século XX o “*flourishing period*” ou século de ouro da inflação, cf. *op. cit.*, pág. 278; di-lo para acrescentar que o nosso homem é “*inflation conscious*” e, como tal, procura reagir ou encontrar fórmulas de adaptação às condições inflacionárias. Estudos interessantes de caráter econômico, sobre a indexação em face da depreciação da moeda podem ser lidos em R. G. HAWTREY, *Money and index-numbers*, no volume — *Readings in monetary theory, selected by a Committee of The American Economic Association*, Londres, George Allen and Unwin Ltd., 1952, pág. 129 e segs; também em GAËL FAIN, *La lutte contre l'inflation et la stabilisation monétaire*, Payot, Paris, 1947, pág. 173.

O problema, segundo entendemos, já se acha solucionado.

De duas uma: ou vale a cláusula escalar ou ela não vale em nosso direito.

Se se conclui pela sua validade, como fizemos após ampla e laboriosa demonstração, tem-se que a revisão, por seu intermédio ou com o seu emprêgo lograda, não faz outra coisa senão atualizar o valor do débito, sem nada mais lhe acrescentar à essência ou consistência.

Logo, a espécie não tem que ver com a proibição da usura, quer pecuniária ou real, contida originariamente no Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933 e, sob o ponto de vista penal, disciplinada pela Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (art. 4.^o).

Aliás, conforme anota ARNOLD WALD, nos contratos celebrados no exterior, em moeda estrangeira, não obsta à cobrança do débito no Brasil a aplicação dos juros legais sobre o resultado da conversão em moeda nacional quando da execução: se porventura a quantia resultante da conversão, nesse momento, fôr superior à da época da celebração do contrato, nem por isso se terá a estipulação dos juros como violadora da lei de usura (34).

Não temos dúvida em afirmar, aliás, que nesses financiamentos e empréstimos sociais a dívida, tendo em vista a sua finalidade, é conceituável como débito de valor.

O que se pretende é, com o caráter de rotatividade, instituir um suplemento de poder aquisitivo capaz de ensejar a aquisição da casa própria, de tal maneira que esse poder aquisitivo, pelo seu refluxo aos cofres da entidade assistencial, volte a ser empregado na mesma finalidade.

O esquema da operação se desenvolve como se os Institutos de Previdência e as instituições assistenciais transferissem ao seu contribuinte um imóvel, sob a condição de êste, ao final ou no curso de certo prazo, reembolsá-los mediante a restituição de outro imóvel a ser transferido a um nôvo contribuinte e assim por diante.

A dívida é de valor, pois, nos empréstimos e financiamentos sociais da espécie.

A peculiaridade, aqui, reside apenas na sua indexação convencional, cuja validade ficou já demonstrada.

(34) Cf. Parecer, *Rev. cit.*, pág. 90 e 91.

Promessa de compra e venda

10. O financiamento da casa própria, segundo a prática geralmente adotadas, toma uma de duas formas: ou a de mútuo feneratício com garantia hipotecária sôbre o imóvel cuja aquisição se está financiando; ou a de aquisição do imóvel pelo Instituto e correspondente promessa de venda ao contribuinte.

A validade da cláusula ficou demonstrada no caso do mútuo e, tanto mais, no da promessa de venda.

Quanto a êsse último negócio, porém, a solução é até muito mais simples.

É que o artigo 1.124 do Código Civil permite que as partes deixem a fixação do preço da compra e venda, e portanto da promessa respectiva, “à taxa do mercado, ou da bolsa, em certo e determinado dia e lugar”. Que impedirá, então, às partes o preconvencionamento de índice através do qual se atualize ou corrija o preço efetivo da venda, apurável em momentos e lugares ou situações determinadas?

A garantia hipotecária

11. Tem-se perguntado, afinal, que conseqüência a indexação do empréstimo acarretaria sôbre a garantia hipotecária que em geral se exige, concomitantemente, do contribuinte devedor.

Nesse caso, o problema requer uma certa delicadeza de tratamento.

É que o Código Civil, em mais de uma disposição, exige, como requisito para que sejam oponíveis a terceiros os contratos de hipoteca, como aliás, os referentes aos demais direitos reais de garantia, a declaração expressa do total da dívida ou sua estimação. Isto se encontra no art. 761 do Código Civil:

“Art. 761. Os contratos de penhor, anticrese e hipoteca declararão, sob pena de não valerem contra terceiros:

I. O total da dívida ou sua estimação”.

A exigência é repetida pelo art. 846 do mesmo diploma:

“Art. 846. A inscrição da hipoteca legal, ou convencional, declarará:

.....

II. A data, a natureza do título, o valor do crédito e o da coisa, ou sua estimação, fixada por acôrdo entre as partes, o prazo e os juros estipulados”.

Como acontece, aliás, em outros países — Itália (35), Alemanha (36) — o direito brasileiro é rigoroso a propósito dos requisitos de publicidade e especialização da hipoteca, a que se condiciona a oponibilidade desta a terceiros (37).

A quantia a ser mencionada — “o total da dívida ou sua estimação” — é um valor certo, determinado, ainda que resulte de estimativa a sua fixação.

O conceito *estimação*, como anota AZEVEDO MARQUES, resultou de emenda de redação, proposta por ANDRADE FIGUEIRA, em substituição às expressões — “o máximo da responsabilidade”. É que há acessórios do débito hipotecário, como juros, impostos, etc., cujo montante definitivo só é apurável quando da solução da dívida. Daí dizer o mesmo AZEVEDO MARQUES que a referida estimação se refere ao — “máximo do capital garantido” (38).

Mas o capital deve estar expresso inicialmente numa quantia certa, fixa, determinada e definitiva.

O objetivo da disposição é proteger terceiros, em suas relações com o devedor.

Assim sendo, não nos parece que a dívida objeto da garantia hipotecária possa ficar dependendo de futura determinação por obra da cláusula de escala móvel.

(35) Cf. LUDOVICO BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, Milão, 1914, pág. 285: “Il concorso della pubblicità e della specialità rende note ai terzi l'esistenza e la portata precisa dell'onere gravante sull'immobile sul quale i terzi vogliono acquistare diritti”.

(36) Cf. ED. HEILFON e GEORG PICK, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 3.º volume, 4.ª ed., Berlin, Speyer & Peters, 1911, pág. 660.

(37) Os autores discutem se, não atendidos os requisitos da especialização, com os rigores legalmente estabelecidos, haverá, não obstante, direito real, com a restrição, apenas, de não ser oponível a terceiros — é a tese de AFONSO FRAGA, *Direitos reais de garantia — Penhor, anticrese e hipoteca*, 1933, Saraiva & Comp., pág. 100 — ou se, na verdade, não existirá mesmo qualquer direito real de garantia, tornando-se, pois, quirográfico o crédito — é a posição de TITO FULGÊNCIO, *Direito real de hipoteca*, 1928, Saraiva & Cia., S. Paulo, pág. 75; de ALBERTO RIBEIRO, *Hipoteca*, 1943, Rodarte & Cia., Rio, pág. 46; de J. M. DE CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. X, 3.ª ed., 1944, Liv. Edit. Freitas Bastos, pág. 56 e segs.

(38) Cf. *A hipoteca*, S. Paulo, 3.ª ed., 1933, Empresa Gráfica da Rev. dos Trib., pág. 59.

Veja-se bem que nisso não há contradição com o que precedentemente afirmamos a propósito da legitimidade da cláusula escalar.

O óbice, no caso da hipoteca, decorre da expressa e específica disposição do Código Civil, em preceito destinado a proteger terceiros; com tal propósito, quer o legislador que, entre os requisitos de especialização, se cumpra o da determinação quantitativa precisa do valor da dívida hipotecária ou, nos casos de estimação, de “máximo do capital garantido” (39).

Sendo assim, concluímos que a hipoteca, oponível a terceiros, garante o débito, pelo valor originariamente expresso no contrato de empréstimo ou financiamento, acrescido, já se vê, dos respectivos acessórios. Para que a garantia persista quanto aos valores resultantes da revisão ou da indexação do débito, poder-se-á convencionar o seu pronto refôrço, cada vez que a aplicação da cláusula escalar tiver ocasião.

Poder regulamentar estadual

12. Resta examinar um último ponto duvidoso.

Competindo à União legislar sobre direito civil (art. 5.º, XV, a, da Constituição), poderão os governos dos Estados-membros, pela via regulamentar, disciplinar o esquema a ser adotado por autarquia estadual, nos contratos de financiamento ou empréstimo imobiliário a serem celebrados de modo a incluir nêles cláusula escalar?

A questão não tem, como problema jurídico, a menor consistência ou a mais remota gravidade.

É claro que os Estados-membros não estarão em tal hipótese legislando sobre direito civil.

As pessoas têm, no mundo econômico, no mundo dos negócios, na vida comum, intenções empíricas ou *intentiones facti* e intenções jurídicas ou *intentiones juris*.

A intenção empírica é aquela que visa à obtenção ou à consecução de um determinado resultado econômico ou de uma certa consequência prática. Tício quer ter um imóvel; Caio quer dispor de um veículo.

(39) *Op. cit.*, pág. 59.

Para tornar exequível a *intentio facti*, é preciso dar-lhe uma formulação jurídica, é preciso, digamos assim, conjugá-la à *intentio juris* correspondente.

Quanto a essa última, duas soluções são possíveis: a) a de, normativamente, estar vinculada ou regrada a forma, oportunidade, características e requisitos de exteriorização da intenção jurídica; b) a de o legislador relegar ao ajuizamento negocial das partes a estipulação das cláusulas por que estas pretendam manifestar a sua intenção jurídica. Nessa última hipótese, em direito público, se terá uma atividade discricionária.

Que pretendariam os atos regulamentares estaduais aqui figurados? Em primeiro lugar, eles manifestariam a intenção empírica de lograr, com objetivos meramente assistenciais, a finalidade econômica de financiamento da habitação própria em favor dos contribuintes ou associados das instituições autárquicas estaduais.

A legislação civil, para tanto, deixa à vontade negocial das partes exteriorizar a *intentio juris* correspondente a tal propósito concreto, seja formulando um contrato de venda a prestação, seja contratando um mútuo, com ou sem garantia real, seja celebrando uma promessa de venda.

Como são livres na opção de qualquer dessa modalidades, podem os Estados-membros eleger êstes dois últimos negócios jurídicos como os que melhor sirvam à concretização de suas *intentiones facti*. Atos negociais que são êstes, é facultado às partes estipular as condições sob que pretendem obrigar-se quanto ao preço, ao prazo, ao objeto do contrato, a obrigações acessórias, etc..

Logo, podem os Estados-membros expedir regulamento, manifestando a intenção jurídica pela qual optam entre as várias modalidades negociais para tanto existentes.

Quando, já agora passando ao campo do direito público, a administração dispõe de um poder discricionário, isto é, de uma opção, de um livre ajuizamento, de uma escolha entre mais de uma conduta, entre mais de uma atividade ou solução, entende-se que ela (a administração) pode autolimitar-se ou autodeterminar-se, baixando um regulamento — que, por isso mesmo, se chama de autônomo ou independente — através do qual se fixa em uma solução determinada (40).

(40) Cf. AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, *Introdução ao direito administrativo*, ed. do DASP, 1960, pág. 34: “A outra categoria de regulamentos

Outra coisa não fariam os atos regulamentares ora figurados.

Competindo ao Estado não só exercer a tutela ou contrôle tutelar (*controllo tutorio*, dos escritores italianos) sôbre as autarquias que êle cria, como ainda traçar a diretriz política a ser seguida por estas suas criaturas, às quais, como tais, incumbe exercer, em regime de descentralização, serviços e atividades do mesmo Estado criador — claro está que uma e a outra coisa (tutela e diretriz política) podem concretizar-se pela via do poder regulamentar, inclusive do poder regulamentar autônomo.

Rigorosamente legítimo seria, pois, o ato regulamentar estadual, que se ocupasse da matéria do modo como se indicou.

O CASAMENTO E SEU REGIME EM FACE DA LEI N.º 4.121, DE 1962

CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO
Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado
de Minas Gerais — Diretor da Faculdade Mineira
de Direito

1 — *Relevância do assunto.* 2 — *Chefia do casal.* 3 — *Pátrio Poder.* 4 — *Fixação do domicílio do casal.* 5 — *Guarda dos filhos em caso de desquite.* 6 a 10 — *Regime de bens.*

1. A relevância do problema a examinar corresponde à importância da família na sociedade e na vida da humanidade.

É verdade que, segundo as épocas, os costumes e o grau de civilização, tem a família se apresentado com aparências diversas e múltiplas regulamentações. Mas não é menos certo que constitui ela sempre o suporte natural, o ponto de apoio do indivíduo e, como assinala PADRE COULET (1), é “a célula inicial de toda sociedade verdadeira e nela o fator principal da riqueza e a mais sólida garantia da prosperidade, na ordem e na paz”.

Houve, porém, infelizmente, um trabalho organizado, no Brasil, que, paradoxalmente, partia de cima para baixo, de solapar sistematicamente o princípio da autoridade, orientação da qual não escapou a família.

Essa assertiva encontra apoio na atual Lei n. 4.121, de 28 de agosto de 1962, apelidada de proteção à mulher casada, mas que, de fato, é o primeiro marco da ruína da família, e julgamos não ser temerária a afirmativa, — para a introdução do divórcio no Brasil.

(1) *O Problema da Família na Sociedade Contemporânea*, Livraria Católica, 1933, pág. 10.

é a dos regulamentos autônomos ou independentes. Esses são os regulamentos expedidos pela administração, a propósito de assuntos sôbre os quais dispõe de um poder discricionário de agir. O fundamento pelo qual se emitem regulamentos autônomos reside no poder de autolimitação da administração: toda vez que a administração tem um poder discricionário para agir, pode utilizar o seu poder de autolimitação e tornar vinculada a atividade, através de um regulamento autônomo”.