

# **Anotações sobre o Princípio do Direito Adquirido Tendo em Vista a Aplicação do Novo Código Civil**

**Gilmar Ferreira Mendes**

*Ministro do STF, Doutor em Direito, Membro e Professor do IDP.*

SUMÁRIO: 1 Considerações preliminares; 2 Graus de retroatividade e sua repercussão sobre o estatuto contratual; 3 Direito adquirido e estatuto ou instituto jurídico; 4 Direito adquirido, direito de propriedade e outros direitos reais; 4.1 Considerações preliminares; 4.2 Estrutura básica dos direitos fundamentais; 4.3 Estrutura básica do direito de propriedade; 4.3.1 Considerações preliminares; 4.3.2 Definição e limitação do conteúdo do direito de propriedade; 5 Conclusão.

## **1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

É possível que a aplicação da lei no tempo continue a ser um dos temas mais controvertidos do direito hodierno. Não raro, a aplicação das novas leis às relações já estabelecidas suscita infundáveis polêmicas. De um lado, a idéia central de segurança jurídica, uma das expressões máximas do Estado de Direito; de outro, a possibilidade e necessidade de mudança. Constitui um grande desafio tentar conciliar essas duas pretensões em aparente antagonismo.<sup>1</sup>

Ressalte-se que esse é um campo que mereceu exemplar contribuição do Ministro MOREIRA ALVES, seja na fixação de parâmetros seguros para sua aplicação constitucional, seja na própria construção dogmática. São de sua relatoria, sem dúvida, os mais expressivos acórdãos sobre o tema, bem como a fixação da doutrina segura no campo do direito constitucional.

A entrada em vigor do novo Código Civil brasileiro vai, certamente, suscitar debates relevantes em torno da matéria. Não são poucas as alterações em torno de temas sensíveis, como aqueles ligados à vocação hereditária, ao prazo para usucapião, aos contratos em geral, às faculdades

---

<sup>1</sup> Cf. MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. 12. reimp. Coimbra, 2000, p. 223.

relacionadas com o direito de propriedade, para não falar na sempre lembrada proposta de extinção do instituto da enfiteuse.

É verdade que, dentro de uma visão antecipatória, o legislador cuidou de estabelecer um Livro Complementar (arts. 2.028-2.046) contendo regras de transição.

É certo que a disposição constante do art. 2.035, *caput* – “A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução” –, dará ensejo a intensa discussão, tendo em vista a determinação de aplicação imediata das normas da lei nova aos efeitos dos contratos produzidos após a entrada em vigor do novo Código.

Igualmente merecedora de reflexão afigura-se a disposição contida no parágrafo do aludido artigo – “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Neste breve ensaio, não pretendemos analisar diretamente as dúvidas que poderão ser suscitadas com a aplicação desses e de outros dispositivos do novo Código Civil. Nos limites do estudo proposto, buscaremos analisar algumas questões centrais para a aplicação do princípio do direito adquirido, tendo em vista especialmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A discussão sobre direito intertemporal assume delicadeza ímpar entre nós, tendo em vista a disposição constante do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição, que reproduz norma tradicional do direito brasileiro. Desde 1934, e com a exceção da Carta de 1937, todos os textos constitucionais brasileiros têm consagrado cláusula semelhante.

Como se sabe, a definição de retroatividade foi objeto de duas doutrinas principais – direito adquirido e fato passado ou fato realizado – como ensina JOÃO BAPTISTA MACHADO:

“(...) a doutrina dos direitos adquiridos e doutrina do facto passado. Resumidamente, para a primeira doutrina seria retroactiva toda lei que violasse direitos já constituídos (adquiridos); para a segunda seria retroactiva toda lei que se aplicasse a factos passados antes de seu início de vigência. Para a primeira, a Lei nova deveria respeitar os direitos adquiridos, sob pena de retroatividade; para a Segunda, a lei nova não se aplicaria (sob pena de retroatividade) a fatos passados e aos seus efeitos (só se aplicaria a factos futuros).”<sup>2</sup>

---

2 Cf. MACHADO. Op. cit., p. 232.

A doutrina do fato passado é também chamada teoria objetiva; a teoria do direito adquirido é chamada teoria subjetiva.

Na lição de MOREIRA ALVES, domina, na nossa tradição, a teoria subjetiva do direito adquirido. É o que se lê na seguinte passagem do voto proferido na ADIn 493, *verbis*:

“Por fim, há de salientar-se que as nossas Constituições, a partir de 1934, e com exceção de 1937, adotaram desenganadamente, em matéria de direito intertemporal, a teoria subjetiva dos direitos adquiridos e não a teoria objetiva da situação jurídica, que é a teoria de ROUBIER. Por isso mesmo, a Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, tendo em vista que a Constituição de 1937 não continha preceito da vedação da aplicação da lei nova em prejuízo do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, modificando a anterior promulgada com o Código Civil, seguiu em parte a teoria de ROUBIER e admitiu que a lei nova, desde que expressa nesse sentido, pudesse retroagir. Com efeito, o art. 6º rezava: ‘A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito’. Com o retorno, na Constituição de 1946, do princípio da irretroatividade no tocante ao direito adquirido, o texto da nova Lei de Introdução se tornou parcialmente incompatível com ela, razão por que a Lei nº 3.238/57 o alterou para reintroduzir nesse art. 6º a regra tradicional em nosso direito de que ‘a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada’. Como as soluções, em matéria de direito intertemporal, nem sempre são coincidentes, conforme a teoria adotada, e não sendo a que ora está vigente em nosso sistema jurídico a teoria objetiva de ROUBIER, é preciso ter cuidado com a utilização indiscriminada dos critérios por estes usados para resolver as diferentes questões de direito intertemporal.”<sup>3</sup>

É certo, outrossim, que a dimensão constitucional que se confere ao princípio do direito adquirido, entre nós, não permite que se excepcionem da aplicação do princípio as chamadas regras de ordem pública.

Como destacado por MOREIRA ALVES, há muito REYNALDO PORCHAT questionava a correção desse entendimento, conforme se lê nas seguintes passagens de sua obra:

“Uma das doutrinas mais generalizadas e que de longo tempo vem conquistando foros de verdade, é a que sustenta que são retroativas as ‘leis de ordem pública’ ou as ‘leis de direito público’. Esse critério é, porém, inteiramente falso, tendo sido causa das maiores confusões

3 ADIn 493, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 143, p. 724 (750).

na solução das questões de retroatividade. Antes de tudo, cumpre ponderar que é difícil discriminar nitidamente aquilo que é de ordem pública e aquilo que é de ordem privada. No parágrafo referente ao estudo do direito público e do direito privado, já salientamos essa dificuldade, recordando o aforismo de BACON – *jus privatum sub tutela juris publici latet*. O interesse público e o interesse privado se entrelaçam de tal forma, que as mais das vezes não é possível separá-los. E seria altamente perigoso proclamar como verdade que as leis de ordem pública ou de direito público têm efeito retroativo, porque mesmo diante dessas leis aparecem algumas vezes direitos adquiridos, que a justiça não permite que sejam desconhecidos e apagados. O que convém ao aplicador de uma nova lei de ordem pública ou de direito público, é verificar se, nas relações jurídicas já existentes, há ou não direitos adquiridos. No caso afirmativo a lei não deve retroagir, porque a simples invocação de um motivo de ordem pública não basta para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade, no dizer de GABBA, é também um forte motivo de interesse público.”<sup>4</sup>

Na mesma linha, é a lição de PONTES DE MIRANDA, ao afirmar:

“A regra jurídica de garantia é, todavia, comum ao direito privado e ao direito público. Quer se trate de direito público, quer se trate de direito privado, a lei nova não pode ter efeitos retroativos (critério objetivo), nem ferir direitos adquiridos (critério subjetivo), conforme seja o sistema adotado pelo legislador constituinte. Se não existe regra jurídica constitucional de garantia, e sim, tão-só, regra dirigida aos juízes, só a cláusula de exclusão pode conferir efeitos retroativos, ou ofensivos dos direitos adquiridos, a qualquer lei.”<sup>5</sup>

Não discrepa dessa orientação OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, ao enfatizar que o problema da irretroatividade é comum ao direito público e ao direito privado.<sup>6</sup>

Daí concluir MOREIRA ALVES que o princípio do direito adquirido “se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva”.<sup>7</sup>

Nesse sentido é o voto por ele proferido na Representação de Inconstitucionalidade nº 1.451, *verbis*:

4 PORCHAT, Reinaldo. *Curso elementar de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Cia. Melhoramentos de São Paulo, v. I, n. 528, 1937, p. 338-339; Cf. também, ADIn 493, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 04.09.1992, RTJ 143, p. 724 (747).

5 PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. V, 1974, p. 99.

6 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed., v. I, 1979, p. 333 e ss.

7 ADIn 493, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 143, p. 724 (746).

“Aliás, no Brasil, sendo o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada de natureza constitucional, sem qualquer exceção a qualquer espécie de legislação ordinária, não tem sentido a afirmação de muitos – apegados ao direito de países em que o preceito é de origem meramente legal – de que as leis de ordem pública se aplicam de imediato, alcançando os efeitos futuros do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, e isso porque, se se alteram os efeitos, é óbvio que se está introduzindo modificação na causa, o que é vedado constitucionalmente.”<sup>8</sup>

Fica evidente que a natureza constitucional do princípio não permite a distinção sobre eventual retroatividade das leis de ordem pública, muito comum em países nos quais o princípio da não retroatividade é mera cláusula legal.

É curioso anotar, ainda, que, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, passou-se a advogar entendimento segundo o qual as matérias relacionadas com o direito intertemporal seriam da competência daquele órgão, incumbido pela Constituição de zelar pela boa aplicação do direito federal. Essa questão foi objeto de preliminar no RE 226.855-7/RS. Diante de posições que sustentavam o perfil infraconstitucional do instituto,<sup>9</sup> por estar ele definido no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, anotou MOREIRA ALVES:

“(…) É de repetir-se que a interpretação da Constituição não se faz com base no disposto em legislação infraconstitucional, pois, caso contrário, teríamos que esta legislação é que daria conteúdo à Constituição. E então, teríamos também que se a legislação infraconstitucional viesse a ser ab-rogada sem ser por substituição, o princípio constitucional da irretroatividade deixaria de ser aplicável, voltando a ser não auto-aplicável.

O que o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil faz, com relação ao direito adquirido, é conceituá-lo com base na doutrina relativa a esse conceito, ou seja, a de que o direito adquirido é o que se adquire em virtude da incidência da norma existente no tempo em que ocorreu o fato que, por esta, lhe dá nascimento em favor de alguém, conceito esse que, para o efeito do disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição, só tem relevo em se tratando de aplicá-lo em relação jurídica em que se discute questão de direito intertemporal, para se impedir, se for o caso, que a lei nova prejudique direito que se adquiriu com base na lei anterior. O mesmo se dá com o direito adquirido sob condição ou o termo é inalterável ao arbítrio de outrem, requisito este indispensável

8 Cf. transcrição na RTJ 143, p. 746.

9 Cf., a propósito, votos dos Ministros MARCO AURÉLIO MELLO (RTJ 174/943), CELSO DE MELLO, NÉRI DA SILVEIRA (RTJ 174/946-947) e CARLOS VELLOSO (RTJ 174/948) sobre a preliminar no RE 226.855.

para tê-lo como direito adquirido. Por isso, mesmo em se tratando de direito público com referência a regime jurídico estatutário, não há direito adquirido a esse regime jurídico, como sempre sustentou esta Corte, e isso porque pode ele ser alterado ao arbítrio do legislador. Não fora isso, e todos os que ingressarem no serviço público sob a égide de lei que estabeleça que, se vierem a completar trinta e cinco anos, terão direito à aposentadoria, esse direito para eles será um direito adquirido sob a condição de completarem esses 35 anos de serviço público, o que jamais alguém sustentou.”<sup>10</sup>

Dessa forma enfatizou, ainda, Moreira Alves:

“ (...) Há grande diferença entre o Tribunal não admitir ofensa direta à Constituição quando se alega ofensa ao princípio da legalidade e a questão do direito adquirido. Com efeito, se o princípio da reserva legal total, ou seja, o de que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei, der margem ao recurso extraordinário desde que se alegue que o direito infraconstitucional não foi aplicado ao caso concreto, colocaremos o Superior Tribunal de Justiça em disponibilidade remunerada, porque toda violação de direito infraconstitucional dará margem a recurso extraordinário para esta Corte.

Em se tratando de questão relativa a direito adquirido, é ela completamente diferente. O próprio Superior Tribunal de Justiça já chegou à conclusão de que, quando há alegação de direito adquirido, a questão é puramente constitucional, pois não se pode interpretar a Constituição com base na lei, sendo certo que o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil nada mais faz do que explicitar conceitos que são os da Constituição, dado que o nosso sistema de vedação da retroatividade é de cunho constitucional. E para se aferir se há, ou não, direito adquirido violado pela lei nova, é preciso verificar se a aquisição dele se deu sob a vigência da lei antiga, não podendo, pois, ser ele prejudicado por aquela. A não ser que se faça esse confronto, jamais teremos hipótese em que esta Corte possa fazer prevalecer a vedação constitucional da retroatividade. Foi o que sempre se fez com relação aos reajustamentos de vencimentos em face dos planos econômicos. O contrário não é consagrado na jurisprudência deste Tribunal.”<sup>11</sup>

Esse entendimento foi secundado pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE nos seguintes termos:

10 Voto na preliminar, RE 226.855, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 174, p. 916 (942).

11 Cf. RE 226.855, op. cit., p. 916 (932-933).

“O voto do Ministro CELSO DE MELLO já serviria para não conhecer do recurso extraordinário interposto por violação do art. 5º, XXXVI. Mas, por mal ou por bem, não se prequestionou o art. 6º da Lei de Introdução, nem é ele o fundamento do recurso, nem poderia ser, pois que só serviria para embasar recurso especial, não o extraordinário.

O Ministro MARCO AURÉLIO suscita, na suposição de que haja dois fundamentos suficientes no acórdão recorrido, que o indeferimento do REsp tornou precluso o fundamento infraconstitucional suficiente.

A meu ver, não é esse o caso.

O problema da incidência simultânea da proteção constitucional da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, e da definição legal da coisa julgada na Lei de Introdução sempre me preocupou, desde o início da prática, neste Tribunal, da difícil convivência entre o recurso extraordinário e o recurso especial.

O que mais me impressionou, no voto do Sr. Ministro CELSO DE MELLO, foi a sustentação peremptória de que a definição do conceito de direito adquirido é um problema de direito ordinário. (Fiquei até preocupado ao verificar que se ausentara da sessão o ilustre Advogado-Geral da União, notoriamente, autor intelectual de grande parte das medidas provisórias desta República: fiquei com medo de acordar amanhã e verificar que a Lei de Introdução fora revogada por uma medida provisória e, então, não teríamos mais como invocar o direito adquirido, nem a coisa julgada, nem o ato jurídico perfeito (...).

Vimos, aqui, na ADIn 493 – e creio que o acompanhamos, por unanimidade – o voto antológico do Ministro MOREIRA ALVES a sustentar que, precisamente porque — ao contrário dos ordenamentos europeus para os quais e sobre os quais tanto polemizaram GABBA e ROUBIER e tantos outros — a nossa garantia do direito adquirido – V.Exa., Sr. Presidente também, em obras doutrinárias e em acórdãos, tem insistido nisso – não é uma construção teórica de direito intertemporal a aplicar na sucessão de leis silentes a respeito: é uma garantia constitucional, irremovível, pois, pelo legislador ordinário. E, por isso, naquele acórdão, unânime no ponto, asseverou-se que o se tratar de lei de ordem pública pode não afetar no Brasil, a proteção do direito adquirido, exatamente, porque – ao contrário do que sucedia, na França, onde escreveu ROUBIER, ou na Itália, onde escreveu GABBA –, entre nós, se trata de garantia constitucional e não de uma regra doutrinária de solução de questões intertemporais.”<sup>12</sup>

Nessa linha, concluiu SEPÚLVEDA PERTENCE:

---

12 RE 226.855, op. cit., p. 916 (944).

“Penso que adotar a posição do saudoso Professor LIMONGI FRANÇA, na tese recordada com brilho pelo Ministro CELSO DE MELLO, implicaria, *data venia*, um grave retrocesso em todo o longo caminho corrido pela hermenêutica constitucional contemporânea, na medida em que joga, em que remete, em que delega ao legislador ordinário a definição de conceitos indeterminados necessários a dar eficácia a garantias constitucionais eminentes. De nada valeria a garantia da irretroatividade em prejuízo do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada, se o conceito de tais institutos independesse da construção constitucional e tivesse sua eficácia confiada à definição que lhes desse o legislador ordinário – quando não, o editor das medidas provisórias. Não é preciso insistir em que se cuida da garantia constitucional voltada primacialmente – quando não exclusivamente como sustentam muitos – contra o legislador ordinário.

Na discussão do problema do recurso extraordinário, à vista dessas duas fontes normativas possíveis da proteção do direito adquirido, a minha tendência – e a sustentei nos primeiros meses de assento no Tribunal – é que, por isso tudo – isto é, porque o conceito, para ser eficaz, como garantia constitucional, tem de ser construído a partir da Constituição, independentemente da definição que lhes empresta a lei – foi a de entender que, sempre, a questão de direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito é constitucional e não legal.

Tenderia, assim, a reduzir o art. 6º da Lei de Introdução, na versão de 1957, a um valioso subsídio doutrinário. Nada mais do que isso.

Mas o caso concreto, a meu ver, nem chega a colocar o problema. Por isso, intempestivamente, interrompi a exposição do Ministro MARCO AURÉLIO para pedir uma informação ao Relator e confirmar o que guardara do seu relatório. O acórdão primitivo simplesmente não se referiu a nenhum dispositivo de lei ou da Constituição. A Caixa Econômica, em embargos de declaração, é que suscita um único preceito normativo: o art. 5º, XXXVI, da Constituição. Para mim – não para o Ministro MARCO AURÉLIO, estou ciente – tanto bastava para o prequestionamento do tema constitucional (*v.g.* RE 210.638, 1ª T., Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 22.04.1998; RE 219.934, 1ª T., Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, 14.06.2000).

(...)

Aí, de duas, uma: ou entendemos que a matéria é constitucional e conheceremos ou não do recurso pela letra *a*, conforme avançarmos no mérito, ou, se partimos da tese do Ministro CELSO DE MELLO, simplesmente não teremos como conhecer, porque a questão é de legislação ordinária, e não só o acórdão não cuidou da lei ordinária, nem o recurso especial se fundou no art. 6º da Lei de Introdução. Então, o caso seria de dizer que a matéria é infraconstitucional e, logo, não

conhecer do recurso extraordinário, como temos feito milhares de vezes nesse cipoal de recursos vindos do STJ sobre o Fundo de Garantia, nos quais não havia matéria constitucional a enfrentar.

(...) Por isso, nem se põe aqui o difícil problema quando, no acórdão ou nos recursos interpostos, invocam-se simultânea e paralelamente o art. 5º, XXXVI, da Constituição e o art. 6º da Lei de Introdução. Aqui, isso não ocorre.”<sup>13</sup>

Ressalte-se que a orientação adotada pelo Supremo Tribunal foi decisiva para a própria aplicação do princípio do direito adquirido em sede de controle de constitucionalidade incidental. Tivesse prevalecido entendimento contrário, as questões relacionadas com direito adquirido dificilmente poderiam ser apreciadas pela Corte (pelo menos no controle difuso). Também aqui se percebe uma decisiva contribuição de MOREIRA ALVES para a própria efetividade do princípio constitucional do direito adquirido.

## **2 GRAUS DE RETROATIVIDADE E SUA REPERCUSSÃO SOBRE O ESTATUTO CONTRATUAL**

No conhecido voto proferido na ADIn 493, destaca MOREIRA ALVES a lição de MATTOS PEIXOTO sobre os três graus de retroatividade – máxima, média e mínima:

“Dá-se a retroatividade máxima (também chamada restitutória, porque em geral restitui as partes ao *status quo ante*), quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados (transação, pagamento, prescrição). Tal é a decretal de ALEXANDRE III que, em ódio à usura, mandou os credores restituírem os juros recebidos. À mesma categoria pertence a célebre lei francesa de 2 de novembro de 1793 (12 brumário do ano II), na parte em que anulou e mandou refazer as partilhas já julgadas, para os filhos naturais serem admitidos à herança dos pais, desde 14 de julho de 1789. A carta de 10 de novembro de 1937, art. 95, parágrafo único, previa a aplicação da retroatividade máxima, porquanto dava ao Parlamento a atribuição de rever decisões judiciais, sem excetuar as passadas em julgado, que declarassem inconstitucional uma lei.

A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela, exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e fosse aplicada aos vencidos e não pagos.

Enfim, a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada) quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor. Tal é, no

---

13 RE 226.855, op. cit., p. 916 (944-945).

direito romano, a lei de Justiniano (C. 4, 32, *de usuris*, 26, 2 e 27 pr.), que, corroborando disposições legislativas anteriores, reduziu a taxa dos juros vencidos após a data da sua obrigatoriedade. Outro exemplo: o Decreto-Lei nº 22.626, de 7 de abril de 1933, que reduziu a taxa de juros e se aplicou, 'a partir da sua data, aos contratos existentes, inclusive aos ajuizados (art. 3º)'.<sup>14</sup>

A doutrina portuguesa moderna também adota a distinção da retroatividade em três graus: a) a retroatividade de grau máximo seria aquela em que a lei nova sequer respeitasse as situações definitivamente decididas por sentença transitada em julgado ou por qualquer outro título equivalente (sentença arbitral homologada, transação, etc.) ou aquelas causas em que o direito de ação já havia caducado.<sup>15</sup> Ou seja, não seriam respeitadas as *causae finitae*; b) na lição de BAPTISTA DE MACHADO, o segundo caso, que podemos chamar de retroatividade média, está representado por aquela situação que, "respeitando embora as *causae finitae*, não se detém sequer perante efeitos jurídicos já produzidos no passado, mas que não chegaram a ser objecto de uma decisão judicial, nem foram cobertos ou consolidados por um título equivalente",<sup>16</sup> neste sentido, observa-se que tal retroatividade viria a se verificar se, *v.g.*, uma lei nova viesse a reduzir a taxa legal de juros máximos e estabelecesse a sua aplicação retroativa em termos de obrigar a restituir os próprios juros vencidos sob a lei anterior (e em face desta perfeitamente legais);<sup>17</sup> c) finalmente, mencione-se a também chamada retroatividade mínima ou normal, que respeita os efeitos de direito já produzidos pela situação jurídica sob a lei anterior; seria o caso, se lei nova viesse a estabelecer prazo mínimo mais longo para arrendamento rural e mandasse aplicar esse prazo aos contratos em curso no momento do início de vigência ou, ainda, se a lei nova viesse reduzir o máximo da taxa legal de juros e se declarasse aplicável aos juros dos contratos de mútuo em curso no momento do seu início de vigência, relativamente aos juros que viessem a vencer no futuro.<sup>18</sup>

Tal como destaca BAPTISTA MACHADO, o desenvolvimento da doutrina sobre a aplicação na lei no tempo acaba por revelar especificidades do "estatuto contratual" em face do "estatuto legal". Enquanto este tem pretensão de aplicação imediata, aqueloutro estaria, em princípio, submetido à lei vigente no momento de sua conclusão, a qual seria competente para o reger até à extinção da relação contratual.<sup>19</sup>

14 MATTOS PEIXOTO. Limite temporal da Lei. In: *Revista Jurídica da antiga Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil*, v. IX, p. 9-47.

15 Cf. MACHADO. Op. cit., p. 226.

16 Cf. MACHADO. Op. cit., p. 226.

17 Cf. MACHADO. Op. cit., p. 226.

18 Cf. MACHADO. Op. cit., p. 226.

19 Cf. MACHADO. Op. cit., p. 237.

Na lição de BAPTISTA MACHADO, a vontade das partes seria a razão para uma disciplina específica:

“O fundamento deste regime específico da sucessão de leis no tempo em matéria de contratos estaria no respeito das vontades individuais expressas nas suas convenções pelos particulares – no respeito pelo princípio da autonomia privada, portanto. O contrato aparece como um acto de previsão em que as partes estabelecem, tendo em conta a lei então vigente, um certo equilíbrio de interesses que será como que a matriz do regime da vida e da economia da relação contratual. A intervenção do legislador que venha modificar este regime querido pelas partes afecta as previsões destas, transforma o equilíbrio por elas arquitetado e afecta, portanto, a segurança jurídica. Além de que as cláusulas contratuais são tão diversificadas, detalhadas e originais que o legislador nunca as poderia prever a todas. Por isso mesmo não falta quem entenda que uma lei nova não pode ser imediatamente aplicável às situações contratuais em curso quando do seu início de vigência sem violação do princípio da não retroactividade.”<sup>20</sup>

MOREIRA ALVES também parece notar uma peculiaridade no “estatuto contratual” ao enfatizar que nas situações estatutárias não há falar em direito adquirido, porque elas podem ser alteradas ao arbítrio de outrem, conforme o que se lê na passagem de sua intervenção no RE 226.855, transcrita na primeira parte do presente trabalho.

Assim, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que as leis que afetam os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente são retroativas (retroatividade mínima), afetando a causa, que é um fato ocorrido no passado. No RE 188.366, restou assente essa orientação, conforme se pode depreender da síntese contida na ementa do acórdão:

“Mensalidade escolar. Atualização com base em contrato. Em nosso sistema jurídico, a regra de que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por estar inserida no texto da Carta Magna (art. 5º, XXXVI), tem carácter constitucional, impedindo, portanto, que a legislação infraconstitucional, ainda quando de ordem pública, retroaja para alcançar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada, ou que o juiz a aplique retroativamente. E a retroação ocorre ainda quando se pretende aplicar de imediato a lei nova para alcançar os efeitos futuros de fatos passados que se consubstanciem em qualquer das referidas limitações, pois ainda nesse caso há retroatividade – a retroatividade mínima –, uma vez que se a causa do efeito é o direito adquirido, a coisa julgada, ou o ato jurídico perfeito, modificando-se seus efeitos

---

20 Cf. MACHADO. Op. cit., p. 238.

por força da lei nova, altera-se essa causa que constitucionalmente é infensa a tal alteração. Essa orientação, que é firme nesta Corte, não foi observada pelo acórdão recorrido que determinou a aplicação das Leis nºs 8.030 e 8.039, ambas de 1990, aos efeitos posteriores a elas decorrentes de contrato celebrado em outubro de 1989, prejudicando, assim, ato jurídico perfeito. Recurso extraordinário conhecido e provido.”<sup>21</sup>

Orientação semelhante foi adotada no RE 205.999, também da relatoria de MOREIRA ALVES:

“Compromisso de compra e venda. Rescisão. Alegação de ofensa ao art. 5º, XXXVI, da Constituição. Sendo constitucional o princípio de que lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, ele se aplica também às leis de ordem pública. De outra parte, se a cláusula relativa a rescisão com a perda de todas as quantias já pagas constava do contrato celebrado anteriormente ao Código de Defesa do Consumidor, ainda quando a rescisão tenha ocorrido após a entrada em vigor deste, a aplicação dele para se declarar nula a rescisão feita de acordo com aquela cláusula fere, sem dúvida alguma, o ato jurídico perfeito, porquanto a modificação dos efeitos futuros de ato jurídico perfeito caracteriza a hipótese de retroatividade mínima que também é alcançada pelo disposto no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna. Recurso extraordinário conhecido e provido.”<sup>22</sup>

Vê-se, pois, que, entre nós, não se coloca, pelo menos em relação ao estatuto contratual, a possibilidade de distinção entre leis que podem e que não podem ser dissociadas do fato do contrato, como ocorre no Direito português, com base na doutrina extraída do art. 12, 2ª parte do Código Civil. Assim, as leis novas poderão reger os efeitos futuros dos contratos em curso quando tais efeitos puderem ser dissociados do fato da conclusão do contrato.<sup>23</sup>

### 3 DIREITO ADQUIRIDO E ESTATUTO OU INSTITUTO JURÍDICO

As duas principais teorias sobre aplicação da lei no tempo – a teoria do *direito adquirido* e a teoria do *fato realizado*, também chamada do *fato passado* – <sup>24</sup> rechaçam, de forma enfática, a possibilidade de subsistência de situação jurídica individual em face de uma alteração substancial do regime ou de um estatuto jurídico.<sup>25</sup>

21 RE 188.366, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 19.11.1999.

22 RE 205.999, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 03.03.2000, p. 89.

23 Cf. MACHADO. Op. cit., p. 240-241.

24 Cf., sobre o assunto, MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1955, p. 9-13; BANDEIRA DE MELLO. Op. cit., v. I, p. 270 e ss.

25 MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit., p. 9-13.

Assim, sustentava SAVIGNY que as leis concernentes aos institutos jurídicos outorgam aos indivíduos apenas uma qualificação abstrata quanto ao exercício do direito e uma expectativa de direito quanto ao ser ou ao modo de ser do direito.<sup>26</sup> O notável jurisconsulto distinguia duas classes de leis: a primeira, concernente à aquisição de direito; a segunda, relativa à existência de direitos.<sup>27</sup> Afigura-se digna de registro a lição de SAVIGNY a propósito, *verbis*:

“A primeira, concernente à aquisição de direitos, estava submetida ao princípio da irretroatividade, ou seja, à manutenção dos direitos adquiridos. A segunda classe de normas, que agora serão tratadas, relaciona-se à existência de direitos, onde o princípio da irretroatividade não se aplica. As normas sobre a existência de direitos são, primeiramente, aquelas relativas ao contraste entre a existência ou a não-existência de um instituto de direito: assim, as leis que extinguem completamente uma instituição e, ainda, aquelas que, sem suprimir completamente um instituto modificam essencialmente sua natureza, levam, desde então, no contraste, dois modos de existência diferentes. Dizemos que todas essas leis não poderiam estar submetidas ao princípio da manutenção dos direitos adquiridos (a irretroatividade), pois, se assim fosse, as leis mais importantes dessa espécie perderiam todo o sentido.”<sup>28</sup>

Deveriam ser, portanto, de imediata aplicação, as leis que abolissem a escravidão, redefinissem a propriedade privada, alterassem o estatuto da vida conjugal ou da situação dos filhos.<sup>29</sup>

Essa orientação foi retomada e desenvolvida por GABBA, segundo o qual somente existia direito adquirido em razão dos institutos jurídicos com referência às relações deles decorrentes, jamais, entretanto, relativamente aos próprios institutos.<sup>30</sup>

Nesse sentido, assinala o emérito teórico, *verbis*:

“Como dissemos inicialmente, nós temos direitos patrimoniais privados em relação aos quais o legislador tem liberdade de editar novas disposições de aplicação imediata, independentemente de qualquer obstáculo decorrente do princípio do direito adquirido. Esses são: 1º) direitos assegurados aos entes privados, graças exclusivamente à lei, como seriam a propriedade literária e a propriedade industrial; 2º) direitos, que não são criados pelo legislador, e aqueles

26 Cf. SAVIGNY, M. F. C. *Traité de droit romain*. Paris, v. 8, 1860, p. 375 e ss.; v., a propósito, BANDEIRA DE MELLO. Op. cit., v. I, p. 276.

27 SAVIGNY. Op. cit., p. 503 e ss.; 375 e ss.

28 SAVIGNY. Op. cit., v. 8, p. 503-504.

29 Cf., a propósito, BANDEIRA DE MELLO, op. cit., v. I, p. 276.

30 Cf., BANDEIRA DE MELLO. Op. cit., v. I, p. 281.

direitos que, desenvolvidos por efeito da liberdade natural do trabalho e do comércio, têm uma vinculação especial e direta com o interesse geral e estão sujeitos a limites, condições e formas estabelecidas pelo legislador, como, *v.g.*, o direito de caça, de pesca, o direito de propriedade sobre florestas e minas e o direito de exigir o pagamento em uma outra espécie de moeda. Não há dúvida de que, como já tivemos oportunidade de advertir (p. 48-50), a lei nova sobre propriedade literária e industrial aplica-se não só aos produtos literários e às invenções anteriormente descobertas, como àquelas outras desenvolvidas após a promulgação da lei; e assim aplica-se imediatamente toda lei nova sobre caça, pesca, propriedade florestal ou sobre o sistema monetário.”<sup>31</sup>

O tema é contemplado, igualmente, por ROUBIER, que distingue, em relação às leis supressivas ou modificativas de institutos jurídicos, aquelas leis que suprimem uma situação jurídica para o futuro sem afetar as relações jurídicas perfeitas ou consolidadas daquelas outras que não só afetam a situação jurídica como também os seus efeitos.<sup>32</sup>

“Ora, as regras que nos guiaram até aqui, nos conduzirão facilmente à solução: ou a lei é uma lei de dinâmica jurídica, que visa mais aos meios de alcançar uma determinada situação do que à própria situação em si, nesse sentido, é uma lei de constituição – ela respeitará as situações já estabelecidas; ou a lei é uma lei de estática jurídica, que visa mais ao estado ou à situação em si do que aos meios pelos quais ela se constitui, assim, é uma lei relativa aos efeitos de uma situação jurídica, ela se aplica desde o dia da entrada em vigor, sem se aplicar retroativamente às situações já existentes.”<sup>33</sup>

Adiante, ressalta o mestre de LYON, *verbis*:

“As leis que aboliram a escravidão ou os direitos feudais puderam aplicar-se às situações existentes, sem que tenham sido retroativas. E, com efeito, pouco importava o modo de aquisição do direito: o que a lei censurava era o regime jurídico do escravo, o conteúdo do direito feudal; a lei era, então, relativa aos efeitos da situação jurídica, e não à sua constituição; sem retroagir, ela atingiu as situações já constituídas.”<sup>34</sup>

Sistematizando esse entendimento, formula ROUBIER o seguinte resumo de sua tese, *verbis*:

31 GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*. Torino, v. III, 1897, p. 208.

32 ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*. 2. ed. Paris, 1960, p. 210-215.

33 ROUBIER. *Op. cit.*, p. 213.

34 ROUBIER. *Op. cit.*, p. 215.

“Em suma, diríamos que as leis que suprimem uma situação jurídica podem visar ou ao meio de alcançar esta situação – e aí são assimiláveis pelas leis que governam a constituição de uma situação jurídica –, ou, ao contrário, podem visar aos efeitos e ao conteúdo dessa situação – logo, elas são assimiláveis pelas leis que regem os efeitos de uma situação jurídica; no primeiro caso, as leis não poderiam atingir sem retroatividade situações já constituídas; no segundo, elas se aplicam, de imediato, às situações existentes para pôr-lhes fim.”<sup>35</sup>

O problema relativo à modificação das situações subjetivas em virtude da mudança de um instituto de direito não passou despercebido a CARLOS MAXIMILIANO, que assinala, a propósito, em seu clássico *O direito intertemporal, verbis*:

“Não há direito adquirido no tocante a instituições, ou institutos jurídicos. Aplica-se, logo, não só a lei abolitiva, mas também a que, sem os eliminar, lhes modifica essencialmente a natureza. Em nenhuma hipótese granjeia acolhida qualquer alegação de retroatividade, posto que, às vezes, tais institutos envolvam certas vantagens patrimoniais que, por equidade, o diploma ressalve ou mande indenizar.”<sup>36</sup>

Essa orientação básica, perfilhada por nomes de prol das diferentes correntes jurídicas sobre direito intertemporal, encontrou acolhida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se pode depreender de alguns expressivos arestos daquela Alta Corte.

Mencione-se, a propósito, a controvérsia suscitada sobre a resgatabilidade das enfiteuses instituídas antes do advento do Código Civil e que estavam gravadas com cláusula de perpetuidade. Em sucessivos pronunciamentos, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que a disposição constante do art. 693 do Código Civil aplicava-se às enfiteuses anteriormente constituídas, afirmando, igualmente, a legitimidade da redução do prazo de resgate, levada a efeito pela Lei nº 2.437, de março de 1955.<sup>37</sup>

Rechaçou-se, expressamente, então, a alegação de ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.<sup>38</sup> Esse entendimento acabou por ser consolidado na Súmula 170 do Supremo Tribunal Federal (“É resgatável a enfiteuse instituída anteriormente à vigência do Código Civil”).

35 ROUBIER. Op. cit., p. 215.

36 MAXIMILIANO. Op. cit., p. 62.

37 ERE 47.931, Rel. Min. RIBEIRO DA COSTA, 08.08.1962, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, p. 24 e ss.; RE 50.325, Rel. Min. VILLAS BOAS, 24.07.1962, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, p. 28 e ss.; RE 51.606, Rel. Min. RIBEIRO DA COSTA, 30.04.1963, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, p. 30 e ss.; RE 52.060, Rel. Min. RIBEIRO DA COSTA, 30.04.1960, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, p. 34.

38 ERE 47.931, Rel. Min. RIBEIRO DA COSTA, 08.08.1962, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, p. 24 e ss.; RE 50.325, Rel. Min. VILLAS BOAS, 24.07.1962, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, p. 28 e ss.; RE 51.606, Rel. Min. RIBEIRO DA COSTA, 30.04.1963, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, p. 30 e ss.; RE 52.060, Rel. Min. RIBEIRO DA COSTA, 30.04.1960, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, p. 34.

Assentou-se, pois, que a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito não obstava à modificação ou à supressão de determinado instituto jurídico.

Em acórdão mais recente, proferido no RE 94.020, de 4 de novembro de 1981, deixou assente a Excelsa Corte, pela voz do eminente Ministro MOREIRA ALVES, *verbis*:

“(...) em matéria de direito adquirido vigora o princípio – que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes – de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. Quer isso dizer que, se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é o direito de propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato.”<sup>39</sup>

Esse entendimento foi reiterado pelo Supremo Tribunal Federal em tempos mais recentes.<sup>40</sup>

Em decisão proferida no RE 226.855, o Supremo Tribunal Federal afirmou a natureza institucional do FGTS, como se lê na ementa do acórdão, igualmente da relatoria do Ministro MOREIRA ALVES:

“Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Natureza jurídica e direito adquirido. Correções monetárias decorrentes dos planos econômicos conhecidos pela denominação Bresser, Verão, Collor I (no concernente aos meses de abril e de maio de 1990) e Collor II. O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da lei e por ela ser disciplinado. Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico. Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional. No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico. Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido, para afastar da condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio de 1990) e Collor II.”<sup>41</sup>

39 RE 94.020, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 104, p. 269 (272).

40 RE 105.137, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, RTJ 115, p. 379; ERE 105.137, Rel. Min. RAFAEL MAYER, RTJ 119, p. 783; RE 105.322, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, RTJ 118, p. 709.

41 RE 226.855, op. cit., p. 916.

Diante dessas colocações, rigorosamente calcadas nos postulados fundamentais do direito adquirido, poder-se-ia afirmar que muitas soluções legislativas fixadas pela lei nova acabariam por causar prejuízos diretos aos titulares de direitos nos casos específicos.

Embora possa apresentar relevância jurídica, essa colocação já não mais se enquadra nos estritos lindes do direito intertemporal. A propósito, já assentara SAVIGNY que, nesse caso, o problema se desloca do âmbito do direito intertemporal para o plano da política legislativa.<sup>42</sup> Como observado, o emérito jurisconsulto recomendava que, por razões de equidade, deveria o legislador conceder uma compensação ao atingido pela providência. “*La politique et l'économie politique auront pleine satisfaction – sustentava SAVIGNY –, si la liquidation de ces droits s'opère par voie d'indemnité sans enrichir une des parties aux dépens de l'autre*”.<sup>43</sup>

SAVIGNY permitiu desenvolver esse raciocínio em passagem memorável do *Traité de droit romain, verbis*:

“(...) a Inglaterra nos deu um grande exemplo de equidade, quando emancipou os escravos, indenizou, às custas do Estado, o prejuízo que seus proprietários tiveram. Esse objetivo é muito difícil de se alcançar, quando se trata de abolir os feudos e os fideicomissos, pois as pretensões e as expectativas, daqueles chamados à sucessão, são extremamente incertas. Pode-se tentar diminuir o prejuízo suspendendo por algum tempo a execução da lei (§ 399, o). Em diversos casos, uma indenização não é necessária; basta, no entanto, disciplinar a transição de forma a afastar ao máximo todo prejuízo possível. É o que foi feito em muitos casos onde o regime hipotecário prussiano substituiu o direito de garantia estabelecido pelo direito comum. Tratava-se unicamente de conservar para os antigos credores munidos de uma garantia seus direitos de preferência. Dessa forma, foram eles convocados publicamente a se apresentar dentro de um determinado prazo para inscrever seus créditos nos novos registros hipotecários, na ordem estabelecida pela antiga lei.”<sup>44</sup>

Vê-se, assim, que o princípio constitucional do direito adquirido não se mostra apto a proteger as posições jurídicas contra eventuais mudanças dos institutos jurídicos ou dos próprios estatutos jurídicos previamente fixados.

Diante da inevitável pergunta sobre a forma adequada de proteção dessas pretensões, tem-se como resposta indicativa que a proteção a ser oferecida há de vir do próprio direito destinado a proteger a posição afetada.

42 SAVIGNY. Op. cit., v. 8, p. 525-526.

43 SAVIGNY. Op. cit., v. 8, p. 526.

44 SAVIGNY. Op. cit., v. 8, p. 526.

Assim, se se trata de direito de propriedade ou de outro direito real, há que se invocar a proteção ao direito de propriedade estabelecida no texto constitucional. Se se tratar de liberdade de associação ou de outro direito de perfil marcadamente institucional, também há se invocar a própria garantia eventualmente afetada e não o princípio do direito adquirido.

É bem verdade que, em face da insuficiência do princípio do direito adquirido para proteger tais situações, a própria ordem constitucional tem-se valido de uma idéia menos precisa e, por isso mesmo mais abrangente, que é o princípio da segurança jurídica enquanto postulado do Estado de Direito.<sup>45</sup> A idéia de segurança jurídica tornaria imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico. Daí por que se considera, em muitos sistemas jurídicos, que, em casos de mudança de regime jurídico, a ausência de cláusulas de transição configura uma omissão inconstitucional.

#### **4 DIREITO ADQUIRIDO, DIREITO DE PROPRIEDADE E OUTROS DIREITOS REAIS**

##### **4.1 Considerações preliminares**

O conceito de propriedade sofreu uma profunda alteração no século XX. A propriedade privada tradicional perdeu muito do seu significado como elemento fundamental destinado a assegurar a subsistência individual e o poder de autodeterminação como fator básico da ordem social. Como observado por HESSE, base da subsistência e do poder de autodeterminação do homem moderno não é mais a propriedade privada em sentido tradicional, mas o próprio trabalho e o sistema previdenciário e assistencial instituído e gerido pelo Estado.<sup>46</sup>

Essa evolução fez com que o conceito constitucional de direito de propriedade se desvinculasse, pouco a pouco, do conteúdo eminentemente civilístico de que era dotado.

Já sob o império da Constituição de Weimar, passou-se a admitir que a garantia do direito de propriedade deveria abranger não só a propriedade sobre bens móveis ou imóveis, mas também os demais valores patrimoniais, incluídas aqui as diversas situações de índole patrimonial, decorrentes de relações de direito privado ou não.<sup>47</sup>

45 Cf. DEGENHART, Christoph. *Staatsrecht I*. 14. ed. Heidelberg, 1998, p. 128 e ss.

46 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16. ed. Heidelberg, 1988, p. 172.

47 Cf. WOLFF, Martin. *Festgabe für Kahl*. 1923, p. 3, *apud* PONTES DE MIRANDA. *Comentários a Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro, t. V, 1987, p. 392.

A mudança da função da propriedade foi fundamental para o abandono da idéia da necessária identificação entre o conceito civilístico e o conceito constitucional de propriedade. Ao revés, essencial para a definição e qualificação passa a ser a *utilidade privada (Privatnützigkeit)* do direito patrimonial para o indivíduo, isto é, a relação desse direito patrimonial com o titular. Vê-se, assim, que o conceito constitucional de proteção ao direito de propriedade transcende à concepção privatística estrita, abarcando outros valores de índole patrimonial como as pretensões salariais e as participações societárias.<sup>48</sup>

Essa orientação permite que se confira proteção constitucional não só à propriedade privada em sentido estrito, mas, fundamentalmente, às demais relações de índole patrimonial.<sup>49</sup> Vê-se que esse conceito constitucional de propriedade contempla as hipotecas, penhores, depósitos bancários, pretensões salariais, ações, participações societárias, direitos de patente e de marcas, etc.<sup>50</sup>

Teria esse entendimento validade no ordenamento constitucional brasileiro? A resposta há de ser afirmativa. Nos seus comentários à Constituição de 1967-69, já assinalava PONTES DE MIRANDA, *verbis*:

“‘Propriedade’, no sentido do texto, exige a realidade do direito; ou ‘propriedade’, no sentido da Constituição brasileira de 1967, abrange todos os bens patrimoniais? A questão é mais grave do que se pensa. Se a segunda opinião é que é a verdadeira e é a dominante (WOLFF, Martin. *Reichsverfassung und Eigentum*, 3), o legislador não é obrigado a manter o conceito de propriedade real, e todos os direitos patrimoniais poderiam passar a ser reais. Mais ainda: não se poderiam ‘desapropriar’ créditos pessoais ou direitos formativos geradores, modificativos ou extintivos, sem observância do art. 153, § 22. Se a primeira opinião é que é a verdadeira, e foi a de W. SCHELCHER (*Eigentum und Enteignung*, *Fischers Zeitschrift*, 60, 139 s.), então, sim, o legislador não só seria obrigado a manter a referência à patrimonialidade, o acesso aos bens em sentido geral, mas também a realidade dos direitos tidos hoje como propriedade (direitos reais), como sendo mínimo. A verdadeira interpretação é a que vê em ‘propriedade’, no art. 153, § 22, propriedade individual, no mais largo sentido; e de modo nenhum se exclui a desapropriação dos bens que não consistam em direitos reais.”<sup>51</sup>

Não existem razões que sugiram a necessidade de mudança dessa orientação, na nova ordem constitucional. De resto, essa orientação

48 HESSE. Op. cit., p. 173.

49 BVerfGE 20, 352 (356); 24, 367 (396); 37, 132 (141).

50 PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. 14. ed. Heidelberg, 1998, p. 226-227.

51 PONTES DE MIRANDA. Op. cit., t. V, p. 392.

corresponde ao entendimento assente na moderna doutrina constitucional. É o que afirma, igualmente, CELSO BASTOS em suas anotações sobre o Texto de 1988, *verbis*:

“O conceito constitucional de propriedade é mais *lato* do que aquele de que se serve o direito privado. É que do ponto de vista da Lei Maior se tornou necessário estender a mesma proteção, que, no início, só se conferia à relação do homem com as coisas, à titularidade da exploração de inventos e criações artísticas de obras literárias e até mesmo a direitos em geral que hoje não o são à medida que haja uma devida indenização de sua expressão econômica.”<sup>52</sup>

Ao admitir que a garantia constitucional da propriedade abrange não só os bens móveis ou imóveis, mas também outros valores patrimoniais (depósitos bancários e outros créditos em dinheiro, etc.), deve a doutrina considerar, todavia, as características diferenciadas desses direitos, as diferentes formas de uso, a eventual possibilidade de limitação, etc.

#### 4.2 Estrutura básica dos direitos fundamentais

O exercício dos direitos fundamentais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do *âmbito* ou *núcleo de proteção* (*Schutzbereich*) e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos (*limitações ou restrições = Schranke oder Eingriff*).<sup>53</sup>

O *âmbito de proteção* de um direito fundamental ou o seu *Tatbestand* é aquela parcela da realidade (*Lebenswirklichkeit*) que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial, ou, se se quiser, *aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental*.<sup>54</sup>

Alguns direitos fundamentais, como o direito de propriedade e o direito à proteção judiciária, são dotados de *âmbito de proteção* estritamente normativo (*âmbito de proteção estritamente normativo = rechts-oder norm-geprägter Schutzbereich*). Nesses casos, não se limita o legislador ordinário a estabelecer restrições a eventual direito, cabendo-lhe definir, em determinada medida, a amplitude, a conformação, o conteúdo mesmo desses direitos fundamentais.<sup>55</sup>

*Âmbito de proteção* dos direitos fundamentais e *restrições* a esses direitos são conceitos correlatos. Quanto mais amplo for o *âmbito de proteção*

52 BASTOS, Celso Ribeiro. In: BASTOS, Celso Ribeiro; GANDRA, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, v. 2, 1989, p. 118-119.

53 PIEROTH; SCHLINK. Op. cit., p. 51; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra, 1986, p. 476-477.

54 PIEROTH; SCHLINK. Op. cit., p. 50; HESSE, Op. cit., n. 46, p. 18.

55 PIEROTH; SCHLINK. Op. cit., p. 53.

de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como *restrição*. Ao revés, quanto mais restrito for o *âmbito de proteção*, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo.<sup>56</sup>

Como observado, o exame das restrições aos direitos fundamentais pressupõe a identificação do *âmbito de proteção* do direito fundamental ou o seu núcleo. Este processo não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, determinado procedimento.

Não raro, a definição do âmbito de proteção de determinado direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais.<sup>57</sup> Muitas vezes, a definição precisa do *âmbito de proteção* somente há de ser obtida em confronto com eventual *restrição* a esse direito.

Não obstante, com o propósito de lograr uma sistematização, pode-se afirmar que a definição do *âmbito de proteção* exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista:

a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (*âmbito de proteção da norma*);

b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (*expressa restrição constitucional*) e identificação das *reservas legais de índole restritiva*.<sup>58</sup>

### 4.3 Estrutura básica do direito de propriedade

#### 4.3.1 Considerações preliminares

Peculiar reflexão requerem aqueles direitos fundamentais que têm o *âmbito de proteção* instituído direta e expressamente pelo próprio ordenamento jurídico (*âmbito de proteção estritamente normativo = rechts-oder norm-geprägter Schutzbereich*).<sup>59</sup> A vida, a possibilidade de ir e vir, a manifestação de opinião e a possibilidade de reunião preexistem a qualquer disciplina jurídica. Ao contrário, é a ordem jurídica que converte o simples *ter em propriedade* e institui o *direito de herança*.<sup>60</sup> A proteção constitucional do direito de propriedade e do direito de sucessão não teria, assim, qualquer sentido sem as normas legais relativas ao direito de propriedade e ao direito de sucessão.<sup>61</sup>

56 PIEROTH; SCHLINK. Op. cit., p. 56.

57 PIEROTH; SCHLINK. Op. cit., p. 57-58.

58 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 478.

59 PIEROTH; SCHLINK. Op. cit., p. 53.

60 PIEROTH; SCHLINK. Op. cit., p. 53.

61 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main, 1986, p. 303.

Como essa categoria de direito fundamental, que se apresenta, a um só tempo, como garantia institucional<sup>62</sup> e como *direito subjetivo*, confia ao legislador, primordialmente, o mister de definir, em essência, o próprio conteúdo do *direito regulado*; fala-se, nesses casos, de *regulação* ou de *conformação* (*Regelung oder Ausgestaltung*), em lugar de *restrição* (*Beschränkung*).

É que as normas legais relativas a esses institutos não se destinam, precipuamente, a estabelecer restrições. Elas cumprem antes relevante e indispensável função como *normas de concretização* ou de *conformação* desses direitos.

Por isso, assinala-se na doutrina a peculiar problemática que marca essas garantias institucionais: ao mesmo tempo que dependem de *concretização* e *conformação* por parte do legislador, elas devem vincular e obrigar o Estado. Em outros termos, o poder de conformação do legislador, na espécie, não significa que ele detenha absoluto poder de disposição sobre a matéria.<sup>63</sup>

A propósito da Constituição de 1967-69, observava PONTES DE MIRANDA que “a propriedade privada é instituto jurídico; e a garantia do art. 153, § 22, institucional”.<sup>64</sup> Procedendo à distinção entre o direito de liberdade e o direito de propriedade, enfatizava o eminente jurista, *verbis*:

“A liberdade pessoal não é instituição estatal, que se garanta; é direito fundamental, supra-estatal, que os Estados têm de respeitar. A propriedade privada é instituição, a que as Constituições dão o broquel de garantia institucional. O art. 153, § 22, foi expressivo. Não há na Constituição de 1967 conceito imutável, fixo, de propriedade; nem seria possível enumerar todos os direitos particulares em que se pode decompor, ou de que transcendemente se compõe, porque da instituição apenas fica, quando reduzida, a simples e pura patrimonialidade.

O art. 153, § 22, não protege o direito de propriedade contra as emendas à Constituição (GIESE, Friedrich. *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, p. 315). *A fortiori*, contra emendas às leis vigentes, para lhes extinguir pressupostos, diminuir prazos de aquisição usucapional de propriedade e prescrição de pretensões ou preclusão de direitos.

Ao legislador só se impede acabar, como tal e em geral, com o *instituto jurídico*, com o direito de propriedade (JELLINEK, Walter.

62 Trata-se de denominação conferida por CARL SCHMITT (*Institutionelle Garantie*) a esses institutos que se prestam a assegurar direitos subjetivos. A sua disciplina constitucional evita que ela possa ser abolida segundo a discricção do legislador (PIEROTH; SCHLINK. Op. cit., p. 24).

63 PIEROTH; SCHLINK. Op. cit., p. 53.

64 PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 395.

*Verwaltungsrecht*, p. 398; ANSCHÜTZ, Gerhard. *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, p. 608).<sup>65</sup>

Essa abordagem realça a problemática que marca não só a garantia constitucional do direito da propriedade, como também outras garantias institucionais de índole constitucional, como o direito de herança e o casamento, o direito de proteção judiciária, dentre outros.

#### 4.3.2 Definição e limitação do conteúdo do direito de propriedade

Embora, teoricamente, não se possa caracterizar como *restrição* toda e qualquer disciplina normativa desses institutos, não há como deixar de reconhecer que o legislador pode, no uso de seu poder de conformação, *redesenhar* determinado instituto, com sérias e, não raras vezes, gravosas conseqüências para o titular do direito.

Caberia indagar se, nesses casos, se poderia falar, propriamente, de *conformação* ou *concretização* (*Ausgestaltung oder Konkretisierung*) ou se se tem, efetivamente, uma *restrição* (*Beschränkung*),<sup>66</sup> que poderá revelar-se legítima, se adequada para garantir a função social da propriedade, ou ilegítima, se desproporcional, desarrazoada, ou incompatível com o *núcleo essencial* (*Wesensgehalt*) desse direito.<sup>67</sup>

A garantia constitucional da propriedade assegura uma proteção das posições privadas já configuradas, bem como dos direitos a serem eventualmente constituídos. Garante-se, outrossim, a propriedade enquanto instituto jurídico, obrigando o legislador a promulgar complexo normativo que assegure a existência, a funcionalidade, a utilidade privada desse direito.<sup>68</sup>

Inexiste, todavia, um conceito constitucional fixo, estático, de propriedade, afigurando-se, fundamentalmente, legítimas não só as novas definições de conteúdo como a fixação de limites destinados a garantir a sua função social.<sup>69</sup> É que embora não *aberto*, o conceito constitucional de propriedade há de ser necessariamente dinâmico.<sup>70</sup>

Nesse passo, deve-se reconhecer que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um intenso processo de *relativização*, sendo

65 PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 396.

66 ALEXY. Op. cit., p. 304.

67 Cf. ALEXY. Op. cit., p. 305; PAPIER. In: MAUNZ-DÜRIG. *Kommentar zum Grundgesetz*. Munique, v. II, 1990, art. 14, n. 253.

68 PAPIER. In: MAUNZ-DÜRIG. Op. cit., art. 14, n. 11.

69 Cf., a propósito, PAPIER, Hans-Jürgen. In: MAUNZ-DÜRIG. Op. cit., art. 14, n. 253-254; STEIN, Erwin. *Zur Wandlung des Eigentumsbegriffes*. In: *Festschrift für Gebhard Müller*. Tübingen, 1970, p. 503.

70 PAPIER, Hans-Jürgen. In: MAUNZ-DÜRIG. Op. cit., art. 14, n. 253-254.

interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária.<sup>71</sup> As disposições legais relativas ao conteúdo têm, portanto, inconfundível *caráter constitutivo*. Isso não significa, porém, que o legislador possa afastar os limites constitucionalmente estabelecidos. A definição desse conteúdo pelo legislador há de preservar o direito de propriedade enquanto garantia institucional. Ademais, as *limitações* impostas ou as novas *conformações* emprestadas ao direito de propriedade não de observar especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais.<sup>72</sup>

Como acentuado pelo *Bundesverfassungsgericht*, a faculdade confiada ao legislador de regular o direito de propriedade obriga-o a “compatibilizar o espaço de liberdade do indivíduo no âmbito da ordem de propriedade com o interesse da comunidade”.<sup>73</sup> Essa necessidade de *ponderação* entre o interesse individual e o interesse da comunidade é, todavia, comum a todos os direitos fundamentais, não sendo uma especificidade do direito de propriedade.<sup>74</sup>

A afirmação sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de determinada alteração no regime de propriedade há de decorrer, pois, de uma cuidadosa *ponderação* (*Abwägung*) sobre os bens e valores em questão. Nesse sentido, afigura-se digna de registro manifestação do *Bundesverfassungsgericht* a propósito, *verbis*:

“A propriedade privada caracteriza-se, na sua dimensão jurídica, pela utilidade privada e, fundamentalmente, pela possibilidade de disposição (BVerfGE 31, 229 (240)); seu uso deve servir, igualmente, ao interesse social. Pressupõe-se aqui que o objeto da propriedade tenha uma função social. (...) Compete ao legislador concretizar esse postulado também no âmbito do direito privado. Ele deve, portanto, considerar a liberdade individual constitucionalmente garantida e o princípio de uma ordem de propriedade socialmente justa – elementos que se encontram em relação dialética na Lei Fundamental – para o fim de, mediante adequada ponderação, consolidar relações equilibradas e justas.”<sup>75</sup>

É notória a dificuldade para compatibilizar esses valores e interesses diferenciados. Daí enfatizar o *Bundesverfassungsgericht* que o poder de conformação do legislador é tanto menor quanto maior for o significado da propriedade como elemento de preservação da liberdade individual.<sup>76</sup> Ao

71 PAPIER, Hans-Jürgen. In: MAUNZ-DÜRIG. Op. cit., art. 14, n. 35.

72 PAPIER. In: MAUNZ-DÜRIG. Op. cit., art. 14, n. 38.

73 BVerfGE 25, 112 (117).

74 PAPIER. In: MAUNZ-DÜRIG. Op. cit., art. 14, n. 38.

75 BVerfGE 37, 132 (140).

76 BVerfGE 50, 290 (340).

contrário, “a faculdade do legislador para definir o conteúdo e impor restrições ao direito de propriedade há de ser tanto mais ampla, quanto mais intensa for a inserção do objeto do direito de propriedade no contexto social”.<sup>77</sup>

Vê-se, pois, que o legislador dispõe de uma relativa liberdade na definição do conteúdo da propriedade e na imposição de restrições. Ele deve preservar, porém, o *núcleo essencial* (*Wesensgehalt*) do direito de propriedade, constituído pela *utilidade privada* e, fundamentalmente, pelo poder de disposição.<sup>78</sup> A vinculação social da propriedade, que legitima a imposição de restrições, não pode ir ao ponto de colocá-la, única e exclusivamente, a serviço do Estado ou da comunidade.<sup>79</sup>

Por outro lado, as considerações expendidas sobre a natureza eminentemente jurídica do âmbito de proteção do direito de propriedade estão a realçar a dificuldade de distinguir, precisamente, a *concretização* ou *conformação* do direito de propriedade da imposição de *restrições* ou de *limitações* a esse direito. Nesse sentido, convém registrar o magistério de PAPIER, *verbis*:

“Da reserva legal constante do art. 14, § 2, da Lei Fundamental, resulta que ‘apenas a propriedade definida em lei’ constitui objeto da garantia da propriedade, gozando, portanto, da proteção constitucionalmente assegurada. (...) Podem-se distinguir conceitualmente as disposições de caráter conformativo do direito de propriedade (*Inhaltsbestimmungen*) daquelas de índole estritamente restritiva (*Schrankenbestimmungen*). Essa diferenciação não tem, todavia, qualquer relevância do prisma estritamente dogmático ou objetivo. A decisão do legislador de emprestar, originariamente, um conteúdo restritivo a determinadas faculdades inerentes ao direito de propriedade ou de estabelecer restrições ao conteúdo de direito concebido, inicialmente, de forma ampla é quase obra do acaso. O legislador está obrigado a constituir a ordem jurídica da propriedade, considerando, para isso, tanto os interesses privados como as exigências de cunho social. Normalmente, o interesse individual é assegurado pelas normas de direito privado; a função social é garantida por disposições de direito público. Esses dois complexos normativos contribuem, igualmente, para a constituição do direito de propriedade, inexistindo qualquer relação de hierarquia ou de precedência entre eles.”<sup>80</sup>

Tem-se, pois, que a distinção entre disposições de *caráter conformativo* ou de *cunho restritivo* cede lugar, no âmbito do direito de propriedade, para

77 BVerfGE 50, 290 (340).

78 BVerfGE 42, 263 (294); 31, 229 (240); 37, 132 (140); 50, 290 (339); v. também, PAPIER. In: MAUNZ-DÜRIG. Op. cit., art. 14, n. 273.

79 PAPIER. In: MAUNZ-DÜRIG. Op. cit., art. 14, n. 308.

80 PAPIER. In: MAUNZ-DÜRIG. Op. cit., art. 14, n. 251.

uma outra diferenciação, indubitavelmente mais relevante. Trata-se da distinção entre as *medidas de índole conformativa* ou *restritiva*, de um lado, e aquelas providências de inequívoca *natureza expropriatória*, de outro. Enquanto as primeiras são dotadas de *abstração*, *generalidade* e impõem apenas restrições às posições jurídicas individuais, considera-se que as providências expropriatórias têm conteúdo *concreto*, *individual*, e importam na retirada total ou parcial do objeto da esfera de domínio privado.<sup>81</sup>

Assinale-se, porém, que, não raras vezes, a *redefinição* de conteúdo ou a imposição de limitação importa quase na supressão de determinada faculdade inerente ao direito de propriedade. Não obstante, a jurisprudência considera tais medidas como disposições de conteúdo *meramente conformativo* ou *restritivo*. Assim, considera-se, na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, que a supressão do direito de rescisão do contrato de arrendamento das pequenas propriedades há de ser entendida como providência de caráter *conformativo* ou *restritivo*.<sup>82</sup> Da mesma forma, a proibição de elevação dos aluguéis acima de determinado limite (30%) configuraria medida de *caráter restritivo e conformativo*.<sup>83</sup>

Como se vê, essas disposições de *caráter restritivo e conformativo* (*Inhalts- und Schrankenbestimmungen*) podem reduzir de forma significativa alguns poderes ou faculdades reconhecidos originariamente ao proprietário, conferindo mesmo nova conformação a determinado instituto – e, por conseguinte – a determinado direito. Essa nova *definição* apresenta-se, inevitavelmente, em relação ao passado, como uma *restrição* ou *limitação*.<sup>84</sup>

Ressalte-se, porém, que essa possibilidade de mudança é inerente ao *caráter institucional* e ao próprio *conteúdo marcadamente normativo* do âmbito de proteção do direito de propriedade. Por seu turno, a própria função social da propriedade impõe ao legislador um dever de atualização das disposições disciplinadoras do direito de propriedade, tornando, muitas vezes, inevitável uma *mudança do próprio conteúdo*.<sup>85</sup> Ao contrário das providências de índole expropriatória, essas medidas de *conteúdo restritivo e conformativo* não legitimam, em princípio, qualquer pretensão indenizatória.<sup>86</sup>

É possível que a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que

81 BVerfGE, 52, 1 (27); 66, 76; 58, 300 (330); Cf. também, PIEROTH; SCHLINK. Op. cit., p. 235.

82 BVerfGE 52, 1 (26).

83 BVerfGE 71, 230 (247).

84 PIEROTH; SCHLINK. Op. cit., p. 226-227.

85 PAPIER. In: MAUNZ-DÜRIG. Op. cit., art. 14, n. 253.

86 PAPIER. In: MAUNZ-DÜRIG. Op. cit., art. 14, n. 284.

dispõe sobre a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, constitua, entre nós, um dos precedentes mais significativos sobre o conteúdo e os limites da garantia constitucional da propriedade. Referido diploma legal regulou o tombamento de bens de valor histórico e artístico, restringindo inclusive o poder de disposição sobre esses bens (Cf. Decreto-Lei nº 25, de 1937, arts. 12-14).

O Supremo Tribunal Federal rejeitou a arguição de inconstitucionalidade, considerando legítima a redefinição do conteúdo do direito da propriedade, na espécie. Convém registrar, a propósito, passagem memorável do voto proferido pelo eminente Ministro OROZIMBO NONATO, *verbis*:

“É impossível reconhecer na propriedade moderna aqueles traços, por exemplo, que aparecem na definição do Código do Consulado e em que JOSSERAND encontra puro valor legendário ou simbólico. Aliás, nunca foi a propriedade, no próprio direito romano, um poder sem contraste; um direito absoluto, o que seria incompatível com as condições de existência do consórcio civil. Não foi dos menores méritos de JHERING mostrá-lo e evidenciá-lo.

O direito brasileiro não podia ser insensível a êsse movimento que, às vészes, assume aspectos excessivos e condenáveis, mas que, em linha geral, tende a fazer do direito o que êle deve ser – um instrumento da felicidade humana.

As limitações da propriedade – já não se falando das de origem contratual e das que derivam dos *iura vicinitatis* – aparecem em número crescente.

A Constituição de 1891 falava nas garantias da propriedade ‘em toda a sua plenitude’. Já na Constituição de 1934, a linguagem é menos expressiva e enfática. E a de 1937, resolutamente, admite restrições maiores, pois defere às leis ordinárias não só a regulamentação de seu exercício como a própria definição de seu conteúdo.

Dir-se-á, e é verdade, que o domínio, assim reduzido, já não apresenta os traços de sua feição primitiva, como na revelação quirritária. Mas, ainda assim, é propriedade. Não se trata, aqui de apoiar ou aplaudir a transformação, mas apenas, de verificar-lhe a existência e reconhecer-lhe os efeitos.

É à luz da concepção constitucional da propriedade – direito relativo em que vive muito daquilo a que DUGUIT chamou dever social – que, a meu ver, deve a questão dos autos ser solvida.

*Data venia* da autorizada opinião do eminente Ministro CASTRO NUNES, entendo que o art. 134 da Constituição não oferece solução ao problema. Ele apenas equipara os atentados cometidos contra monumentos históricos, artísticos e naturais aos cometidos contra o

patrimônio nacional. Não os incorpora nesse patrimônio e dá-lhes a proteção da União, dos Estados e dos Municípios.

É uma proteção regulamentar, que compete até aos municípios, quando o decreto discutido, que estabeleceu o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, define poderes que competem exclusivamente à União, como é claro e indiscutível.

A proteção a que se refere o art. 134 e em que se pode fazer sentir até a influência do poder local não pode ir ao ponto de atingir a propriedade através de seus elementos: *ius utendi, ius fruendi, ius disponendi*.

O que, a meu ver, retira ao decreto a balda de inconstitucional é a própria concepção da propriedade na Constituição, que proclama a possibilidade de se dar ao conteúdo desse direito definição e, pois, limitação em lei ordinária.<sup>87</sup>

Como se vê, o eminente magistrado percebeu com especial agudeza a peculiaridade que marca essa garantia constitucional. A possibilidade de se dar nova definição a seu conteúdo ou de se impor limitação ao exercício desse direito mediante ação legislativa ordinária foi expressa e enfaticamente reconhecida. Ao afirmar que o constituinte deferiu ao legislador ordinário o poder não só de restringir o exercício do direito de propriedade, mas também de definir o próprio conteúdo desse direito, reconheceu o insigne magistrado tanto o *caráter institucional* da garantia constitucional da propriedade como o *conteúdo marcadamente normativo* de seu *âmbito de proteção*.

Diante de algumas objeções suscitadas, houve por bem o eminente Juiz ressaltar que a redefinição do conteúdo ou a limitação do exercício do direito de propriedade haveria de decorrer da justa ponderação entre o significado da propriedade na ordem constitucional e a necessidade de observância de sua função social. Vale registrar, ainda, a seguinte passagem de seu pronunciamento, *verbis*:

“O que, a meu ver, entretanto, repito, dá ao decreto-lei assento constitucional é o permitir a lei máxima que o conteúdo da propriedade seja dado em lei ordinária.

E a lei de que se trata é lei desse caráter, que tem em vista a natureza especial dos monumentos, cujos proprietários, mais do que os outros, sofrem o peso do ‘dever social’ que, ao lado da *facultas agendi*, se encontra nos direitos subjetivos (...) Não se trata de expropriação, nem esta constitui a única limitação da propriedade. Há outras múltiplas, no direito florestal, na construção de edifícios, etc., constantes das leis ordinárias e às quais não se refere a Constituição, especificamente.

87 Apelação nº 7.377, de 17.06.1942, Rel. Min. CASTRO NUNES, RDA 2, p. 100 (113).

A Constituição só se refere à expropriação. Só esta retira ao *dominus* todo o seu direito. Desde que não se trate de eliminação, mas de pura limitação ao domínio, defere o assunto a leis ordinárias.

E só estamos considerando o aspecto constitucional do decreto-lei discutido. E este, quaisquer que sejam as críticas a que ofereça flanco, não pode, a meu ver, ser tido como inconstitucional. Ele não autoriza expropriação sem pagamento. Limita – isso sim – e, notavelmente, os direitos que subsistem, do proprietário, tendo em vista a natureza especial da propriedade dos monumentos, o que é possível, pois a lei ordinária pode definir o ‘conteúdo’ da propriedade.”<sup>88</sup>

Fica evidenciado, portanto, que há muito o Supremo Tribunal Federal logrou identificar, de forma precisa e escorreita, a natureza peculiar do direito de propriedade, ressaltando o seu caráter institucional e procedendo à adequada distinção entre as providências de *índole conformativa-restritiva* daquelas medidas de nítido *conteúdo expropriatório*.

Em tempos mais recentes, conforme já apontado, reconheceu o Supremo Tribunal a legitimidade do resgate das enfiteuses instituídas antes do advento do Código Civil e gravadas com cláusula de perpetuidade.<sup>89</sup> Embora a questão relativa ao direito de propriedade não tenha sido discutida expressamente, não deve subsistir dúvida de que, ao proclamar a lisura constitucional da alteração, houve por bem a excelsa Corte reconhecer, igualmente, a inequívoca legitimidade da mudança de regime jurídico do direito de propriedade ou de outro direito real, não obstante eventuais reflexos sobre as posições individuais.

Finalmente, vale lembrar que a legitimidade de mudança do regime de direito de propriedade foi percuientemente contemplada no Recurso Extraordinário nº 94.020, de 4 de novembro de 1981. No referido recurso, da relatoria do eminente Ministro MOREIRA ALVES, relativo à alegada inconstitucionalidade do art. 125, do Código de Propriedade Industrial, que sujeitava o titular de privilégio antes concedido à obrigação constante do art. 116 (constituir e manter procurador domiciliado no Brasil, sob pena de caducidade), sustentava-se que, configurando o registro anterior um direito adquirido, não poderia a lei nova impor ao seu titular uma obrigação antes inexistente.<sup>90</sup>

Consagrando a orientação esposada pelo Ministro Relator, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que se a lei nova modificar o regime jurídico de

88 Apelação nº 7.377, de 17.06.1942, Rel. Min. CASTRO NUNES, RDA 2, p. 100 (114).

89 ERE 47.931, de 08.08.1962, Rel. Min. RIBEIRO DA COSTA, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, p. 24 e ss.; RE 50.325, de 24.07.1962, Rel. Min. VILLAS BOAS, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, p. 28 e ss.; RE 51.606, de 30.04.1963, Rel. RIBEIRO DA COSTA, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, p. 30 e ss.; RE 52.060, de 30.04.1960, Rel. Min. RIBEIRO DA COSTA, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, p. 34.

90 Recurso Extraordinário nº 94020, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 104, p. 269 (271).

determinado instituto – como é o da propriedade, seja ela de coisa móvel, ou imóvel ou de marca –, essa modificação se aplica de imediato.<sup>91</sup>

Todos esses precedentes estão a corroborar a idéia de que o *caráter institucional* do direito de propriedade e, por conseguinte, o *conteúdo normativo* de seu âmbito de proteção permitem e legitimam a alteração do regime jurídico da propriedade, a despeito dos possíveis reflexos sobre as posições jurídicas individuais. Embora essas disposições de *conteúdo conformativo-restritivo* possam provocar uma diminuição ou redução no patrimônio do titular do direito, não há como deixar de reconhecer que tal redução ou diminuição resulta das próprias limitações impostas pela constituinte à garantia da propriedade.<sup>92</sup>

Portanto, o legislador não está impedido de *redefinir* o conteúdo do direito de propriedade, emprestando-lhe nova conformação. Esse poder de conformação é limitado pelo princípio da garantia do núcleo essencial do direito (*Wesensgehaltsgarantie*) e pela garantia institucional do direito de propriedade.

A pretexto de dar nova conformação ao direito de propriedade, não pode o legislador suprimir a *utilidade privada* do bem para o seu titular (respeito ao núcleo essencial). Por outro lado, com o propósito de disciplinar a forma de existência ou exercício do direito de propriedade, não pode o legislador tornar impossível a aquisição ou o exercício desse direito.

## 5 CONCLUSÃO

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ajuda a compreender a natureza constitucional do princípio do direito adquirido no nosso sistema. Resta evidente que, diferentemente do que ocorre em outros modelos, não há cogitar entre nós da invocação das leis de ordem pública para justificar a incidência imediata de leis novas. É certo, outrossim, que se aplica, entre nós, por força de definição constitucional, a doutrina subjetiva ou do direito adquirido. Em relação aos contratos resta evidente que não se tolera sequer a chamada retroatividade mínima, restando regulados pela lei velha os efeitos futuros dos negócios jurídicos anteriormente celebrados.

A jurisprudência é enfática quanto à inadmissibilidade da invocação do direito adquirido em relação a situações estatutárias e a institutos jurídicos de forma geral. Nesse ponto, resta evidente a aproximação entre as doutrinas do direito adquirido e do fato passado ou fato realizado. É notório também que, nesse caso, a proteção constitucional deverá decorrer da aplicação do

91 Recurso Extraordinário nº 94.020, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 104, p. 269 (271).

92 Cf., a propósito, PAPIER. Eigentums garantie und Geldentwertung. In: *Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 98, p. 528 (533), 1973.

próprio direito destinado a proteger a posição jurídica afetada (propriedade imobiliária, propriedade intelectual, regime estatutário de funcionário público, liberdade de associação, liberdade de exercício profissional, etc.).

Essa constatação sugere também a necessidade de que, em algumas hipóteses, ao invés de invocar diretamente o princípio especial do direito adquirido, se suscite a necessidade de aplicação do princípio geral da segurança jurídica (e da proteção da confiança) enquanto postulado derivado do Estado de Direito. Embora de aplicação mais genérica e, por isso, menos precisa, o princípio da segurança jurídica traduz a proteção da confiança que se deposita na subsistência de um dado modelo legal (*Schutz des Vertrauens*).<sup>93</sup> Nesses casos, se o princípio da segurança jurídica não impede a implementação das mudanças recomendadas pelo interesse público, pode fundamentar a obrigatoriedade de edição de regras de transição, com o objetivo de reduzir o impacto da intervenção sobre as posições jurídicas em questão.<sup>94</sup>

---

93 DEGENHART. Op. cit., p. 128.

94 DEGENHART. Op. cit., p. 135.