

# A Reforma Monetária de 1990 - Problemática Jurídica da Chamada "Retenção dos Ativos Financeiros" (Lei n.º 8.024, de 12-4-1990)

GILMAR FERREIRA MENDES

Procurador da República. Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria-Geral da Presidência da República. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Doutor em Direito pela Universidade de Münster

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Análise crítica das posições.* 2.1. *Considerações preliminares.* 2.2. *Retenção dos ativos financeiros como empréstimo compulsório.* 2.3. *A retenção dos ativos financeiros e a garantia do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.* 2.3.1. *Considerações preliminares: direito adquirido e a modificação de institutos jurídicos.* 2.3.2. *Direito adquirido, ato jurídico perfeito e mudança do estatuto legal da moeda.* 2.4. *A retenção dos ativos financeiros e o direito de propriedade.* 2.4.1. *Considerações preliminares.* 2.4.2. *Estrutura básica dos direitos fundamentais.* 2.4.3. *Estrutura básica do direito de propriedade.* 2.4.3.1. *Considerações preliminares.* 2.4.3.2. *Definição e limitação do conteúdo do direito de propriedade.* 2.4.4. *A alteração do padrão monetário e a garantia da propriedade.* 2.4.4.1. *Considerações preliminares.* 2.4.4.2. *Significado da garantia constitucional da propriedade e alteração do padrão monetário.* 2.4.4.3. *O direito de propriedade e a Lei n.º 8.024, de 1990.* 2.5. *A restrição ao direito de propriedade e a observância do "princípio de proporcionalidade ou da razoabilidade".* 2.5.1. *Considerações preliminares.* 2.5.2. *O direito de propriedade e o princípio da proporcionalidade.* 2.5.3. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.* 2.5.4. *O princípio da proporcionalidade e a Lei n.º 8.024, de 1990.* *Bibliografia.*

## 1. Introdução

É possível que a retenção dos ativos financeiros, determinada pela Medida Provisória n.º 168, posteriormente convertida na Lei n.º 8.024, de 12 de abril de 1990 (arts. 5.º, 6.º e 7.º), constitua um dos mais tormentosos temas do Direito Constitucional brasileiro. As múltiplas e contraditórias posições manifestadas na doutrina dão conta, por si só, da alta complexidade do tema.

Não são poucos os doutrinadores e juízes que sustentam a inconstitucionalidade manifesta dessas cláusulas por diversos fundamentos. Afirma-se, em síntese, que:

a) as normas em questão ferem a garantia constitucional que assegura a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5.º, XXXVI);

b) as disposições impugnadas consagram modalidade de empréstimo compulsório sem observância do preceituado no art. 148 da Constituição, que impõe seja essa espécie de tributo instituída apenas mediante lei complementar;

c) ao decretar a indisponibilidade dos ativos financeiros, os preceitos legais em apreço violaram, de forma flagrante, a garantia constitucional da propriedade (CF, art. 5.º, XXII);

d) ter-se-ia aqui a configuração de confisco, eventualmente, a configuração de *confisco temporário*, pois a indisponibilidade desses ativos acabaria por descaracterizar o próprio direito de propriedade;

e) as disposições impugnadas configurariam espécie de desapropriação realizada ao arrepio da Constituição.

Alguns cogitam de que se cuidaria, na espécie, de peculiar requisição, que estaria viciada *ab initio*, porquanto realizada em desconformidade com a Constituição.

Pelo seu lado, os serviços jurídicos da União<sup>1</sup> afirmam a legitimidade das disposições questionadas, sustentando, fundamentalmente, que:

a) quando a nova Constituição atribui competência à União para legislar sobre sistema monetário (CF, art. 22, VI), confere-lhe, implícita e necessariamente, poderes para criar e extinguir tal ou qual moeda, atribuir-lhe ou retirar-lhe o curso forçado, fixar-lhe o respectivo padrão, estabelecer regras de conversão da moeda antiga para a nova, seja ao par, seja em outra proporção, inclusive prescrevendo taxas diferenciadas, segundo a natureza dos valores representados na moeda antiga, e dispondo sobre o prazo e as condições, gerais ou diversificadas, para a conversão;

<sup>1</sup> Cf. Informações prestadas no MS n.º 21.142-3, in: *Diário Oficial* de 10 de setembro de 1990, pp. 17141-17145.

b) o plano estabeleceu regras de conversão de Cruzados Novos para Cruzeiros, sem afetar a titularidade dos ativos financeiros, os quais foram transferidos para o Banco Central, mas continuam em contas individualizadas, em nome dos respectivos titulares, sob sua integral propriedade, com correção monetária e pagamento de juros, sendo passíveis de utilização, nos casos admitidos em lei. Não se poderia, portanto, cogitar de empréstimo compulsório.

Como se vê, as teses sustentadas contra a legitimidade da retenção dos ativos financeiros afirmam, fundamentalmente, a existência de afronta (a) ao direito de propriedade, (b) ao princípio do ato jurídico perfeito, e (c) à forma constitucional de instituição de empréstimo compulsório.

No sentido de que se cuida de empréstimo compulsório inconstitucional, manifestou-se o Tribunal Regional Federal da 3.<sup>a</sup> Região, com sede em São Paulo.

Aquela Egrégia Corte houve por bem acolher, por unanimidade, posição sustentada no voto do eminente Juiz Américo Lacombe. Propôs-se Sua Excelência a verificar se as disposições contidas na Lei n.º 8.024, de 12 de abril de 1990, se enquadravam no esquema lógico do empréstimo compulsório.

A resposta é afirmativa, como se pode constatar na seguinte passagem de sua longa manifestação:

“Após modificar a denominação da moeda (art. 1.º) e estabelecer a paridade com a moeda antiga (art. 1.º, § 2.º), estabeleceu o art. 5.º:

Os saldos dos depósitos à vista serão convertidos em cruzeiros, segundo a paridade estabelecida no § 2.º do art. 1.º, obedecido o limite de NCz\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzados novos).

§ 1.º As quantias que excedam o limite fixado no *caput* deste artigo serão convertidas, a partir de 16 de setembro de 1991, em 12 (doze) parcelas mensais iguais sucessivas.

§ 2.º As quantias mencionadas no parágrafo anterior serão atualizadas monetariamente pela variação do BTN fiscal, verificada entre o dia 19 de março de 1990 e a data da conversão, acrescida de juros equivalentes a 6% (seis por cento) ao ano ou fração *pro rata*.

O *caput* determina conversão dos cruzados novos em cruzeiros até o limite de NCz\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzados novos). O *caput* estabelece o limite de isenção.

Temos, assim, o seguinte esquema lógico da primeira norma:

Hipótese de incidência: Núcleo: ser titular de depósito à vista em instituição bancária; coordenada específica de espaço: a instituição bancária depositária; coordenada específica de tempo: 15 de março de 1990 (data da Medida Provisória 168).

Mandamento: Base de cálculo: o montante do depósito superior a NCz\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzados novos); alíquota: 100% (cem por cento); Sujeito Ativo: Banco Central (art. 9.º); Sujeito Passivo: depositante na instituição bancária.

A segunda norma tem o seguinte esquema lógico:

Hipótese de incidência: Núcleo: ser depositário do saldo de cruzados novos acima de NCz\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzados novos); coordenada genérica de espaço: sede do Banco Central; coordenada de tempo: 16 de setembro de 1991, 16 de outubro de 1991, 16 de novembro de 1991 . . . , e sucessivamente até 16 de setembro de 1992.

Mandamento: Base de cálculo: o montante de cruzados novos não convertidos em cruzeiros, em 15 de março de 1990, corrigidos pelo BTN fiscal e acrescidos dos juros de 6% ao ano; alíquota: 100% (cem por cento); Sujeito ativo: depositante na instituição bancária; sujeito passivo: Banco Central."

Após desenvolver operação semelhante em relação ao disposto no art. 6.º da Lei n.º 8.024, de 1990, que disciplinou a retenção dos ativos financeiros constantes de saldos das cadernetas de poupança, concluiu o eminente juiz, de forma lapidar:

"Criou, assim, a Lei n.º 8.024, de 12 de abril de 1990, oriunda da Medida Provisória n.º 168, de 15 de março de 1990, um empréstimo compulsório, incidente sobre os saldos de depósitos à vista, saldos de caderneta de poupança, depósitos a prazo fixo, letras de câmbio, demais ativos financeiros e recursos captados pelas instituições financeiras por meio de operações compromissadas. O tributo foi criado com uma alíquota de 100% (cem por cento) incidente sobre as diversas bases de cálculo, depois de subtraídos os limites de isenção, sendo restituível após 16 de setembro de 1991, em 12 parcelas iguais, mensais, sucessivas, atualizadas pela variação do BTN fiscal e acrescidas dos juros de 6% ao ano ou fração *pro rata*."

Enfatizou-se que o empréstimo compulsório não teria sido instituído para atender despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou de sua iminência (CF, art. 148, I). Assim, o fundamento somente poderia "ter sido retirado do inciso II (investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional)". Nesse caso,

estaria, porém, o empréstimo compulsório sujeito ao princípio da anterioridade.

A essa primeira inconstitucionalidade aduzir-se-ia uma outra: “por disposição expressa do art. 148, o empréstimo compulsório só poderia ser criado por lei complementar, e a medida provisória não é instrumento idôneo para iniciar o procedimento legislativo de lei complementar”. Como somente cabe a utilização de medida provisória em matéria de lei ordinária, a instituição do empréstimo compulsório mediante essa providência excepcional estaria a configurar uma outra inconstitucionalidade.

Ademais, inexistiria a urgência (*sic*), pressuposto inarredável para a edição de medida provisória, o que estaria a configurar ilegitimidade formal autônoma da Medida Provisória e, portanto, da Lei n.º 8.024, de 1990.

Por último, identificou o v. acórdão uma quarta inconstitucionalidade, decorrente do tratamento indiscriminado que se conferiu aos depósitos em conta corrente e as demais formas de aplicação.

Sintetizando o entendimento, deixou-se assente no v. acórdão que:

“1) a serem consideradas requisição, as medidas de bloqueio serão inconstitucionais, por não ter ocorrido o pressuposto do iminente perigo público, previsto no inciso XXV do art. 5.º, e por inexistir lei que discipline a medida; 2) a serem consideradas confisco, serão inconstitucionais, visto que, em primeiro lugar, o art. 150, IV, veda inclusive o efeito do confisco nos tributos, e, em segundo lugar, conforme o inciso LIV, do art. 5.º, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; 3) a serem consideradas servidão de uso, serão inconstitucionais, por não terem sido instituídas por acordo ou sentença judicial, violando ainda a disposição acima que exige o devido processo legal; 4) a serem consideradas empréstimo compulsório, as medidas serão inconstitucionais porque: a) não foram criadas por lei complementar; b) violaram o princípio da anterioridade; c) não poderiam ser veiculadas por medida provisória, por faltar o pressuposto da urgência e por ser este veículo normativo impróprio para iniciar procedimento legislativo de matéria própria e específica de lei complementar; d) foi violado o princípio da capacidade contributiva.” (Fl. 22.)

Essa posição do eminente Relator foi secundada pelo Juiz Marcio Moraes, que qualificou a retenção dos ativos financeiros como “puro ato de força que, antes de atentar ao ato jurídico perfeito e ao direito de propriedade (art. 5.º, XXXVI e XXII, da Constituição), agride a concepção de Direito”.

Assinale-se que também o Tribunal Regional Federal da 6.ª Região, com sede em Recife, decidindo a Apelação em Mandado de Segurança

n.º 2.379, em 20 de março de 1991, afirmou a inconstitucionalidade da referida retenção. Vale registrar passagem do voto proferido pelo eminente Juiz Lázaro Guimarães, *verbis*:

“No momento em que determinou a transferência da qualidade de depositário dos valores em cruzados excedentes do NCz\$ 50.000,00 da instituição financeira para o Banco Central, a Lei MP n.º 168 atingiu diretamente o contrato de abertura e movimentação de conta corrente, obstando o exercício do direito de crédito do correntista que poderia ser exercido a qualquer momento, mediante emissão de cheque.

Por mais que se busque um meio de justificação do ato, nada se encontrará na Constituição que permita o cerceamento da disponibilidade dos valores depositados. (...)

Como o Banco Central foi instituído depositário, isso significa que se transferiu a qualidade que tinha a instituição depositária e, em consequência, a propriedade do dinheiro depositado. Houve um empréstimo compulsório mascarado, prevendo a lei o pagamento a partir de setembro de 1991, em doze parcelas, com juros de 6 por cento ao ano e correção monetária pela variação do BTN fiscal.

Tudo isso sem lei complementar a com modificação do contrato de depósito bancário em plena execução.

Há, também, quem considere que o depositante — titular da conta bancária — permanece com o domínio sobre os valores depositados. Para esses, como o ato de bloqueio não afetou a titularidade da conta, não se poderia caracterizar empréstimo compulsório, nem confisco, mas simples ato administrativo de regulação do modo de conversão de cruzados em cruzeiros.

Nesse caso, persiste o vício da inconstitucionalidade, porque atingido o direito de propriedade no seu elemento essencial consistente na livre disponibilidade dos valores depositados.

Como se vê, quer se compreenda o contrato de depósito bancário, ou de caderneta de poupança, como depósito irregular, quer se o entenda como depósito regular especial em que o depositante permanece como proprietário dos valores depositados, há sempre, no ato de bloqueio, a violação de uma garantia constitucional, seja a do ato jurídico perfeito — art. 5.º, XXXVI, CF, uma garantia constitucional, seja a do direito de propriedade — artigo 5.º, XXII, CF.”

Vê-se, pois, que os dois acórdãos repisam os argumentos sobre a caracterização de empréstimo compulsório inconstitucional, de ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito de propriedade. A argumentação algo

difusa constante dos dois arestos, que se esforçaram por consolidar todos os argumentos suscitados contra a retenção dos ativos financeiros, está a revelar a dificuldade que o tema prepara para os próprios órgãos jurisdicionais. Na impossibilidade de tipificar adequadamente o fenómeno jurídico, opta-se por uma censura ampla e genérica da providência questionada.

## 2 — *Análise crítica das posições*

### 2.1. *Considerações preliminares*

Essa orientação fez com que não fossem contemplados argumentos relevantes que deveriam ter sido considerados, ainda que para serem afastados por impertinentes ou incabíveis. Não! Tem-se preferido infirmar a legitimidade da retenção dos ativos financeiros com uma argumentação genérica, difusa, que, por isso, dispensaria um estudo mais acurado e contextualizado da problemática. Não se emite uma palavra sobre a peculiar estrutura do direito de propriedade enquanto direito fundamental, que tem *âmbito ou núcleo de proteção (Schutzbereich) formado e conformado por normas jurídicas (rechts-oder normgeprägten)*<sup>2</sup>. Igualmente problemática revela-se a afirmação de ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido no contexto de uma profunda alteração de todo o estatuto monetário, como estão a demonstrar alguns expressivos precedentes do Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup>.

Digna de exame mostra-se, portanto, a enfática alegação de afronta ao direito de propriedade. Embora não se possa negar que a garantia constitucional do direito de propriedade transcende os lindes dos direitos reais e abarca, genericamente, outros valores patrimoniais, inclusive depósitos bancários<sup>4</sup>, deve-se admitir, coerentemente, que também a *propriedade* desses diversos bens e valores está submetida ao poder de conformação do legislador, que poderá, eventualmente, redefinir o conteúdo do *núcleo* ou *âmbito de proteção* ou optar pela imposição de outras limitações a esse direito.

Deve-se indagar, igualmente, se a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito teria o alcance que se lhe pretende emprestar. Podendo o legislador proceder a uma máxidesvalorização da moeda antiga, como já ocorrido aqui e alhures, não poderia ele, no uso de sua competência constitucional e no pleno exercício de poder de conformação, exigir que

---

2 Pieroth e Schlink, *Grundrechte — Staatsrecht II*, Heidelberg, 1988, p. 61.

3 RE nº 105.137, Relator: Ministro Cordeiro Guerra, RTJ 115, p. 379; RE nº 105.322, Relator: Ministro Francisco Rezek, RTJ 118, p. 709; ERE nº 105.137, Relator: Ministro Rafael Mayer, RTJ 119, p. 783.

4 Cf., entre nós, Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, com a emenda nº 1, de 1969, 3ª edição, Rio de Janeiro, 1987, tomo V, p. 392; v. também Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, Heidelberg, 1988, p. 172; Pieroth e Schlink, op. cit., pp. 231 s.

a conversão de cruzados novos em cruzeiros observasse determinadas condições?

É fácil de ver que esses aspectos — sem dúvida de alta relevância para uma análise do complexo de questões suscitadas pela retenção dos ativos financeiros — não foram contemplados na doutrina<sup>5</sup> e na jurisprudência que se vem desenvolvendo sobre o tema.

Não se comete, pois, nenhuma injustiça se se afirmar que, a despeito do hercúleo esforço desenvolvido, não lograram os partícipes dessa controvérsia exaurir o tema ou dar a última palavra sobre o assunto<sup>6</sup>.

Convém, portanto, sejam analisadas todas as posições enunciadas, a fim de que se possa constatar, específica e detidamente, a sua plausibilidade ou, eventualmente, a sua inconsistência.

## 2.2. Retenção dos ativos financeiros como empréstimo compulsório

Como ressaltado, sustenta-se que, ao permitir a retenção dos ativos financeiros, o legislador consagrou empréstimo compulsório, ao arrepio dos princípios constitucionais definidores desse instituto.

Nos termos do art. 148 da Constituição, a União poderá, mediante lei complementar, instituir empréstimos compulsórios “para atender a despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência” (art. 148, I) e “no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional” (art. 148, II).

<sup>5</sup> A posição sustentada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto parece constituir a única exceção a essa tendência (Cf. A reforma monetária e a retenção dos ativos líquidos no Plano Brasil Novo, in: *Revista de Informação Legislativa* n.º 108 (1990), pp. 49 s).

<sup>6</sup> É possível mesmo que as dúvidas e perplexidades que ainda hoje pairam sobre o assunto sejam fruto da equivocada indagação inicial formulada por quase todos aqueles que se ocuparam do tema até agora. Insistiram muitos deles na formulação da questão errada. Ao invés de investigarem a natureza do “fenômeno jurídico” contido na Lei n.º 8.024, de 1990, pretendem encontrar resposta para a indagação negativa, apresentada, mais ou menos, nos seguintes termos: “O que não é a medida constante da Lei n.º 8.024, de 1990?” Não é empréstimo compulsório! Não se trata de expropriação! Não é uma requisição! Cuida-se, logo, de algo inconstitucional! A par de outras considerações, que poderão ser feitas sobre o assunto, advirta-se que a adoção desse “método negativo” no juízo de constitucionalidade revela-se assaz perigosa. É que ele exonera o julgador da responsabilidade de dizer porque determinada providência é inconstitucional, isto é, demite-o do dever de compreendê-la ou de apreendê-la antes de proferir o veredicto sobre sua invalidade. É certo, por outro lado, que a adoção desse “método” reforça ainda mais o significativo poder do julgador no controle de constitucionalidade, na medida em que leva inevitavelmente a uma excessiva *subjetivação* do processo de aferição da constitucionalidade das leis. O parâmetro de aferição de validade das leis passa a ser não a Constituição, mas o “universo de informações” do julgador. *Essa tendência contém implícita a ameaça de que a desinformação do julgador ou do intérprete se converta em fundamento da declaração da inconstitucionalidade.*



O ato legislativo que institui o empréstimo há, portanto, de explicitar os fundamentos que o legitimam, devendo a aplicação dos recursos estar vinculada à despesa que determinou a sua instituição (art. 148, parágrafo único).

Enquadrar-se-ia a chamada retenção dos ativos financeiros, levada a efeito pela Lei n.º 8.024, de 1990, no conceito de empréstimo compulsório fixado na Constituição?

Essa providência não visava à obtenção de recursos para fazer face a um estado de calamidade pública ou de beligerância. Embora a inflação possa levar a um estado de calamidade pública e, mais do que isso, até à ruptura da própria ordem político-social, como ocorrido com a República de Weimar (1933)<sup>7</sup> é certo que não se poderia identificar, ainda, no momento da edição do Plano Collor, a configuração de um estado de calamidade pública.

Destinar-se-iam os recursos retidos a investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional? O v. aresto do Tribunal Regional Federal de São Paulo responde afirmativamente, ressaltando, *verbis*:

“( . . . ) o fundamento só pode ter sido retirado do inciso II (investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional). Ocorre que, neste caso, o empréstimo compulsório está sujeito ao princípio da anterioridade ( . . . ).”

A análise cuidadosa e isenta das disposições constantes da Lei n.º 8.024, de 1990, antes *infirmas* do que *confirma* essa orientação. Senão, vejamos.

Os artigos 5.º, 6.º e 7.º da Lei n.º 8.024, de 1990, estabeleceram expressamente que as quantias que excedessem o limite de NCz\$ 50.000,00 seriam convertidas em cruzeiros a partir de 16 de setembro de 1991, em doze parcelas iguais e sucessivas, assegurando-se correção monetária

---

<sup>7</sup> O efeito inegavelmente desagregador do processo inflacionário pode ser confirmado na seguinte passagem da obra de Lionel Richard sobre *A República de Weimar*, *verbis*:

“Até meados de 1922, a desvalorização do marco se desencadeava com relativa lentidão. O assassinato de Rathenau teve o efeito de um detonador. No exterior, a desconfiança em relação à Alemanha e à sua moeda se intensificou. A 2 de dezembro de 1922, o dólar valia 9.000 marcos. No final do ano, o orçamento tinha cifras de bilhões e a Comissão de Finanças da Câmara dos Deputados estimava o déficit em 7 bilhões. Em março de 1923, o governo presidido por Wilhelm Cuno tentava estabilizar o marco na proporção de 22.000 marcos por dólar. Medida ineficaz. No dia seguinte, o dólar subia para 29.500 marcos por dólar. Atingiu mais de 40.000 marcos no fim de abril, 1 milhão em agosto, depois, rapidamente, 3, 6, 10 milhões. A 1º de novembro de 1923, valia 1 bilhão de marcos. Com essa cifra inimaginável, a moeda alemã recebia o golpe fatal. A Alemanha estava à beira da catástrofe” (Richard, Lionel, *A República de Weimar*, São Paulo, 1988, p. 92).

pela variação do BTN fiscal e juros equivalentes a seis por cento ao ano ou fração *pro rata*.

Nenhuma expressão contida na Lei n.º 8.024, de 1990, permite identificar a mais ténue intenção de destinar os recursos retidos para investimentos de qualquer natureza. Ao revés, consagrou-se, clara e explicitamente, que os saldos em cruzados novos, na forma dos artigos 5.º, 6.º e 7.º do referido diploma deveriam ser transferidos para o Banco Central e ali mantidos em contas individualizadas em nome da instituição financeira (art. 9.º).

Donde se extraiu, portanto, a idéia de que as importâncias retidas destinar-se-iam a investimentos públicos? É fácil de ver, portanto, que a caracterização das providências contidas na Lei n.º 8.024, de 1990, como empréstimo compulsório tem bases extremamente frágeis. Em verdade, toda a concepção subjacente à Lei n.º 8.024, de 1990, parece mesmo negar essa idéia. Não se tendo verificado a transferência de recursos de particulares para o Poder Público e não tendo havido a utilização dos recursos para fazer face a despesas públicas de qualquer natureza, não há como caracterizar a referida providência como empréstimo compulsório.

O ingresso desses valores no erário, como receita pública, constitui elemento fundamental para a definição da natureza jurídica, conforme se depreende de preciso pronunciamento do eminente Ministro Francisco Rezak, *verbis*:

“Assim como o imposto é espécie de tributo, o tributo é espécie de receita pública. Invoco, aqui, o ensinamento doutrinário do Ministro Baleeiro: receita pública é todo ingresso que, adentrando o erário, o tesouro público, sem nenhuma condição ou correspondência no passivo, vem acrescer seu vulto como elemento novo e positivo. Penso ser essa, quase que literalmente, a lição do grande mestre. Dessarte, eu não saberia como vislumbrar tributo naquilo que sequer é receita pública. O só fato de tratar-se de algo que se deve recolher obrigatoriamente não basta para determinar a natureza tributária do recolhimento”<sup>8</sup>.

Anteriormente, a Excelsa Corte já havia consagrado orientação semelhante, pela voz do eminente Ministro Rodrigues Alckmin, ao enfatizar que a contribuição para o FGTS não tem natureza tributária, pois se trata “de parcela recolhida em nome do empregado, disponível pelo empregado, pertencente ao empregado”<sup>9</sup>.

A questão parece adequadamente equacionada na seguinte passagem da reflexão desenvolvida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *verbis*:

<sup>8</sup> RE n.º 100.249-2, Relator Ministro Oscar Corrêa, in: *Lex-Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* n.º 120, p. 25.

<sup>9</sup> RE n.º 76.700, Relator o Ministro Luiz Gallotti, *RTJ* 68, pp. 237/243.

“A hipótese de empréstimo compulsório decorreria da perda temporária da disponibilidade dos ativos líquidos em poder dos estabelecimentos financeiros. Isso configuraria o típico do artigo 148, da Constituição.

Ora, o empréstimo compulsório apresenta características constitucionais bem definidas:

— transferência de disponibilidade de recursos do público para o Estado;

— compulsoriedade dessa transferência (*ius impositivum*);

— temporariedade da transferência;

— motivos específicos para instituí-la (incisos I e II);

— ingresso dos recursos transferidos no orçamento da União;

— dispêndio, previamente definido e vinculado, desses recursos (parágrafo único).

Ora, no caso da Medida Provisória n.º 168/90 e Lei n.º 8.024/90,

— não há transferência da disponibilidade. O público perde temporariamente a disponibilidade de seus ativos, mas o Estado, por sua vez, tampouco deles pode dispor, como ocorreria se fora um empréstimo compulsório;

— a transferência não se vincula a qualquer dos motivos do art. 148;

— os recursos não ingressam no orçamento da União;

— os recursos retidos não são despendidos.

Como se vê, tudo o que há em comum em ambos, é, apenas, a compulsoriedade e a temporariedade...”<sup>10</sup>

Vê-se, assim, que a formulação contida no v. acórdão do Tribunal Regional de São Paulo, que vislumbra no modelo concebido pela Lei n.º 8.024, de 1990, empréstimo compulsório destinado a fazer face a despesas com investimentos públicos, é fruto — para dizer o mínimo — de uma petição de princípio. *Dá-se por demonstrado o que se pretende demonstrar!*

Ressalte-se que, diante dos termos expressos do art. 148 da Constituição, que exige seja o empréstimo compulsório instituído mediante lei complementar, não se poderia instituir essa espécie de tributo por medida provisória.

<sup>10</sup> Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. A reforma monetária dos ativos líquidos do Plano Brasil Novo, art. cit. p. 49 (62-63).

Todavia, não estando presentes os elementos essenciais à caracterização do empréstimo compulsório, afigura-se despicendo arrostar o tema da inconstitucionalidade formal, referido nos arestos dos Tribunais Regionais Federais de São Paulo e de Pernambuco.

A constatação de que não se cuida, na espécie, de empréstimo compulsório não assegura, por si só, o reconhecimento da constitucionalidade da controvertida providência.

### 2.3. *A retenção dos ativos financeiros e a garantia do direito adquirido e do ato jurídico perfeito*

#### 2.3.1. *Considerações preliminares: direito adquirido e a modificação de institutos jurídicos*

Como assinalado, afirma-se que, ao afetar os contratos de depósito celebrados e outras relações contratuais, a retenção dos ativos financeiros configurou frontal ofensa à garantia do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (CF, art. 5.º, XXXVI).

As duas principais Teorias sobre aplicação da lei no tempo — a Teoria do Direito Adquirido e a Teoria do Fato Realizado<sup>11</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>12</sup>.

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>13</sup>. O notável jurista distinguia duas classes de leis: a primeira, concernente à aquisição de direito; a segunda, relativa à existência de direitos<sup>14</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, relacionam-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

---

11 Cf., sobre o assunto, Maximiliano, Carlos. *Direito Intertemporal*, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1955, p. 9-13; Mello, O. A. Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1969, vol. I, pp. 270 s.

12 Maximiliano, Carlos, *op. cit.*, pp. 9-13.

13 Cf., Savigny, *Traité de Droit Romain*, Paris, 1960, vol. 8, pp. 375 s.; v., a propósito, Mello, O. A. Bandeira de, *op. cit.*, p. 276.

14 Savigny, *op. cit.*, p. 276; *op. cit.*, pp. 375 e s., 503 e s.

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 sentido.”

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>15</sup>.

Essa orientação foi retomada e desenvolvida por Gabba, segundo o qual somente existiria direito adquirido em razão dos institutos jurídicos com referência às relações deles decorrentes, jamais, entretanto, relativamente aos próprios institutos<sup>16</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: 1.º) direitos assegurados aos entes privados, graças exclusivamente à lei, como seriam a propriedade literária e a propriedade industrial; 2.º) direitos, que não são criados pelo legislador, e aqueles 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 (pp. 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>17</sup>

O tema é contemplado, igualmente, por Roubier, que distingue, em relação às leis supressivas ou modificativas de institutos jurídicos, aquelas

15 Cf., a propósito, Mello, O. A. Bandeira de, op. cit. p. 276.

16 Cf., a propósito, Mello, O. A. Bandeira de, op. cit. p. 281.

17 Gabba, *Teoria della Retroattività delle Leggi*, vol. III, Torino, 1897, p. 208.

leis que suprimem uma situação jurídica para o futuro sem afetar as relações jurídicas perfeitas ou consolidadas daquelas que não só afetam a situação jurídica como também os seus efeitos<sup>18</sup>. Assinala Roubier, a propósito, *verbis*:

“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 os meios de alcançar uma determinada situação do que a 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 os estados ou à situação em si do que os 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.”

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>19</sup>

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

“Em suma, diríamos que as leis que suprimem uma situação jurídica podem visar ou o meio de alcançar esta situação — e aí são assimiláveis pelas leis que governam a constituição de uma situação jurídica —, ou, ao contrário, podem visar os efeitos e o 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>20</sup>.

Evidentemente, a aplicação desse entendimento sem maiores cautelas pode provocar sérios prejuízos aos particulares, com manifesto desrespeito ao princípio da equidade e, hoje diríamos, ao princípio da proporcionalidade. Savigny observava que o Estado não estava impedido de, inspirado no princípio da equidade, conceder indenização àqueles que viessem a sofrer séria lesão patrimonial com a abolição ou a extinção de determi-

18 Roubier, Paul, *op. cit.*, pp. 210-215.

19 Roubier, Paul, *op. cit.*, p. 213.

20 Roubier, Paul, *op. cit.*, p. 215.

nado instituto jurídico<sup>21</sup>. Da mesma forma, haveriam de ser tomadas cautelas para evitar o enriquecimento sem causa de uns em detrimento de outros em virtude da modificação do *modo de ser* dos institutos jurídicos<sup>22</sup>. Essas providências teriam, segundo Savigny, caráter eminentemente político, nada tendo a ver com a garantia dos direitos adquiridos<sup>23</sup>.

Gabba concedia, igualmente, que, se a coletividade obtém vantagem geral com a providência empreendida e alguns sofrem danos extraordinários, deveria o Estado compor esse prejuízo especial<sup>24</sup>. A questão escaparia, porém, aos limites estritos do direito intertemporal<sup>25</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>26</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 n.º 2.437, de março de 1955<sup>27</sup>. Rechaçou-se, expressamente, então, a alegação de ofensa ao ato jurídico per-

21 Savigny, *op. cit.*, p. 526.

22 Cf., a propósito, Mello, O. A. Bandeira de, *op. cit.*, p. 278.

23 Cf., a propósito, Mello, O. A. Bandeira de, *op. cit.*, p. 278.

24 Gabba, *op. cit.*, p. 48.

25 Cf., a propósito, Mello, O. A. Bandeira de, *op. cit.*, p. 278.

26 Maximiliano, Carlos, *op. cit.*, p. 62.

27 ERE n.º 47.931, de 8-8-1962, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, pp. 24 s.; RE 50.325, de 24-7-1962, Relator: Ministro Villas Boas, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, pp. 28 s.; RE n.º 51.606, de 30-4-1963, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, pp. 30 s.; RE 52.060, de 30-4-1960, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, p. 34.

feito e ao direito adquirido<sup>28</sup>. Esse entendimento acabou por ser consolidado na Súmula 170 do Supremo Tribunal Federal (*E resgatável a enjeiteuse instituída anteriormente à vigência do Código Civil*).

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 n.º 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>29</sup>

Esse entendimento foi reiterado pelo Supremo Tribunal Federal em tempos recentes, como se verá oportunamente<sup>30</sup> (cf., *infra*, §§ 65-66).

### 2.3.2. *Direito adquirido, ato jurídico perfeito e mudança do estatuto legal da moeda*

Se se reconhece que as leis modificativas de institutos jurídicos aplicam-se de forma imediata e geral, sem qualquer ressalva quanto às situações jurídicas consolidadas, caberia indagar se esses princípios hão de se aplicar, igualmente, às relações submetidas ao estatuto jurídico da moeda. Essa complexa questão já foi objeto de intensa discussão e profunda análise doutrinária e jurisprudencial.

Savigny teve oportunidade de sustentar enfaticamente a necessidade de que, em caso de mudança de moeda, se levasse em conta, na execução das dívidas de dinheiro, não o seu valor nominal, mas o valor real corrente<sup>31</sup>. Embora tenha sido adotado, inicialmente, pelo Código Napoleão

28 ERE n.º 47.931, de 8-8-1962, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, pp. 24 s.; RE 50.326, de 24-7-1962, Relator: Ministro Villas Boas, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, pp. 28 s.; RE n.º 51.606, de 30-4-1963, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, pp. 30 s.; RE 52.060, de 30-4-1960, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, p. 34.

29 RE n.º 94.020, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 104, p. 269 (272).

30 RE n.º 105.137, Relator: Ministro Cordeiro Guerra, RTJ 115, p. 379; ERE n.º 105.137, Relator: Ministro Rafael Mayer, RTJ 119, p. 783; RE n.º 105.322, Relator: Ministro Francisco Rezek, RTJ 118, p. 709.

31 Cf., a propósito, Gabba, *op. cit.*, p. 96. Roubier, *op. cit.*, p. 425.



(art. 1.895), esse entendimento não logrou acolhida na maioria dos sistemas positivos, como observado por Gabba, *verbis*:

“Essa opinião é seguida universalmente pelos escritores, sobretudo depois que se fez o conúbio entre a economia política e o direito e, também, em parte graças ao apostolado de Savigny (*Obligationenrecht*, ob., p. 455), que formulou o princípio segundo o qual: nas alterações do padrão monetário, a execução das obrigações em dinheiro anteriormente celebradas dever-se-ia fazer não com base no valor nominal, mas no valor real ou corrente da moeda. O direito positivo distancia-se, porém, na sua maior parte, desse princípio e confere eficácia retroativa às leis monetárias que, de algum modo, alteram o valor intrínseco da moeda, mantendo intocado o valor nominal.”<sup>32</sup>

Considerando especificamente a adoção de novo sistema monetário, assevera Gabba, *verbis*:

“É claro que, por exemplo, uma lei que introduz o curso forçado da moeda é retroativa, isto é, é aplicável imediatamente tanto aos negócios jurídicos já celebrados quanto aos novos contratos. Tem-se aqui o mais perfeito exemplo de retroatividade de lei de ordem pública concernente ao interesse patrimonial, sem a qual restariam frustrados os fins perseguidos pela lei. Razão pela qual, introduzido o curso forçado na Itália, a jurisprudência italiana, com inúmeras sentenças encontradas nas diversas coleções, assentou que o pacto de pagamento em ouro não tinha mais validade, independentemente de ter sido celebrado antes ou depois da entrada em vigor da lei, sendo poucos os julgados que distinguem entre uma e outra situação.”<sup>33</sup>

Tem-se, pois, que a mudança do estatuto legal da moeda afeta, inevitavelmente, as relações contratuais em curso. Não se trata, porém, de norma de simples conteúdo contratual, mas, como enunciado, de lei que disciplina o regime jurídico de determinada situação<sup>34</sup>.

Pela natureza da modificação, o novo sistema aplica-se, de forma imediata e geral, a todas as relações jurídicas, tenham elas índole contratual ou não. “Il en résulte que les lois qui changent la valeur intrinsèque — observa Roubier — de la monnaie ont un effet immédiat sur les contrats en cours.”<sup>35</sup>

32 Gabba, *op. cit.*, vol. IV, Torino, 1896, p. 96.

33 Gabba, *op. cit.*, vol. III, pp. 208 e 209.

34 Cf., a propósito, Roubier, Paul, *op. cit.*, pp. 210-213 e 424-426; Maximiliano, Carlos, *op. cit.*, pp. 62, 63; Espínola, Eduardo e Espínola Filho, Eduardo, *Tratado de Direito Civil Brasileiro*, 1932, vol. II, pp. 187-188.

35. Cf., a propósito, Roubier, Paul, *op. cit.*, p. 426.

Nesse sentido, ensina Roubier, *verbis*:

“Foi dito, então, que as novas leis que modificam o regime monetário deveriam se aplicar aos contratos vigentes como leis de natureza pública contratual. Porém, isso não é suficiente para definir os efeitos da lei nova, pois poder-se-ia acreditar que a lei nova tem efeito somente para os devedores contratuais. Ora, isso é um erro evidente: a lei nova tem efeito para todos os devedores, sejam as dívidas oriundas de um contrato ou de uma outra fonte. E, precisamente, se tem efeitos nos contratos vigentes, é porque não é uma lei relativa apenas a uma situação contratual, mas uma lei relativa a um estatuto legal, o estatuto da moeda; a lei, considerada como lei de direito público, atinge todos os sujeitos do Estado, ela os atinge tanto nos seus contratos quanto fora de todo contrato; é um erro considerar que a lei é relativa somente aos contratos.”<sup>36</sup>

Assim, não parece subsistir dúvida de que os princípios pertinentes ao direito intertemporal não se afiguram adequados para resolver problema decorrente de modificação do estatuto legal da moeda.

O tema já foi objeto de análise na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ao julgar o RE n.º 105.137, da relatoria do eminente Ministro Cordeiro Guerra, enfatizou a Excelsa Corte, *verbis*:

“A moeda do pagamento das contribuições e dos benefícios da previdência privada tem o seu valor definido pela Lei n.º 6.435/77, segundo os índices das ORTNs, para todas as partes. Não há direito adquirido a um determinado padrão monetário pretérito, seja ele o mil réis, o cruzeiro velho ou a indexação pelo salário mínimo. O pagamento se fará sempre pela moeda definida pela lei do dia do pagamento.”<sup>37</sup>

Essa orientação foi reiterada, igualmente, no ERE n.º 105.137 (Relator: Ministro Rafael Mayer, *RTJ* 119, p. 783), no RE n.º 105.322 (Relator: Ministro Francisco Rezek, *RTJ* 118, p. 709) e no RE n.º 107.763 (Relator: Ministro Sydney Sanches, *RTJ* 122, p. 1076).

Se não subsiste dúvida sobre a imediata aplicação das leis que alteram o estatuto legal da moeda a todas relações jurídicas, inclusive às de direito privado, caberia investigar as consequências jurídicas de lei que, ao introduzir novo padrão monetário, impôs condições específicas para a conversibilidade da moeda antiga.

Assinale-se, de plano, que, tal como enfatizado, os princípios de direito intertemporal não outorgam aos titulares de situações jurídicas o direito de receber seus créditos em uma determinada moeda ou no valor real da

<sup>36</sup> Roubier, Paul, op. cit., p. 426.

<sup>37</sup> RE n.º 105.137, Relator: Ministro Cordeiro Guerra, *RTJ* 115, p. 379.

moeda corrente (cf. supra §§ 58 a 66). Portanto, os princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito não obstam a que se proceda a uma alteração do estatuto legal da moeda, ainda que esta modificação implique profunda desvalorização nominal do padrão monetário anteriormente em vigor.

Se o legislador pode adotar novo padrão monetário, com substancial alteração do valor intrínseco da moeda, não lhe seria, igualmente, facultado preservar a paridade entre o velho e o novo padrão monetário, exigindo, contudo, que a conversão se verificasse sob determinadas condições?

Pelo menos do prisma exclusivo do direito intertemporal afigura-se difícil vislumbrar qualquer óbice contra semelhante modelo. Como amplamente demonstrado, tem-se, em se tratando de alteração do estatuto legal da moeda, a *redefinição* de todo um regime jurídico, que afeta não direta, mas reflexamente, as posições jurídicas individuais.

No caso em apreço, ao invés de elevar de forma demasiada o valor do novo padrão monetário, optou o legislador por consagrar a paridade entre cruzado novo e cruzeiro, estabelecendo condições especiais para a conversão dos ativos financeiros que excedessem de NCz\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzados novos) (Lei n.º 8.024, de 1990, arts. 5.º, 6.º e 7.º). Consagraram-se, pois, na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, os seguintes critérios de conversão:

“1.º — quanto ao padrão — o da paridade;

2.º — quanto à liquidez — o da distinção entre moeda e crédito em moeda;

3.º — quanto ao tempo — automático, para a moeda e parte dos créditos em moeda, e deferido para parte dos créditos em moeda em poder dos estabelecimentos financeiros.”<sup>38</sup>

Não se tem, pois, aqui, lei de conteúdo contratual, mas de complexo normativo que contém um novo estatuto legal da moeda. Exatamente por se tratar de norma estatutária que ela afetou, de forma ampla e geral, os contratos de depósito bancário e outras operações financeiras<sup>39</sup>.

Diante dessa colocação, rigorosamente calcada nos postulados fundamentais do direito intertemporal, poder-se-ia alegar que, ao assim proceder, teria o legislador apenado injustamente os titulares de contas bancárias e partícipes de operações financeiras.

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

<sup>38</sup> *Moreira Neto, Diogo de Figueiredo*, art. cit., p. 49 (60).

<sup>39</sup> Cf., a propósito, *Roubier, Paul*, op. cit., p. 426.

do direito intertemporal para o plano da política legislativa<sup>40</sup>. É verdade que, como observado, o emérito jurista 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>41</sup>

O emérito jurista permitiu-se desenvolver esse raciocínio em passagem memorável do *Traité de Droit Romain, verbis*:

“Atualmente 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 (§ n.º 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 prusiano substituiu o direito de garantia estabelecido pelo direito comum. Tratava-se unicamente de conservar para os antigos credores munidos de uma garantia seus direitos e preferências. Dessa forma, foram eles convocados publicamente a se apresentarem dentro de um determinado prazo para inscrever seus créditos nos novos registros hipotecários, na ordem estabelecida pela antiga lei.”<sup>42</sup>

No caso em apreço, é fácil de ver que o legislador não deixou de contemplar o sacrifício imposto aos atingidos pela providência questionada. Tanto é assim que se assegurou não apenas a correção monetária plena das quantias retidas em cruzados, mas também o pagamento de juros (Lei n.º 8.024, de 1990, arts. 5.º, § 2.º, 6.º, § 2.º e 7.º § 2.º). Consciente, pois, dos sérios reflexos sobre as posições jurídicas individuais, houve por bem o legislador positivar princípios destinados a preservar, tanto quanto possível, a integralidade das situações patrimoniais afetadas.

Sempre tendo em vista a observância dos princípios da equidade e da razoabilidade, autorizou-se a transferência da titularidade de depósito dentro do prazo de 180 dias, contado da publicação da Medida Provisória 168, de 1990, e permitiu-se o pagamento de taxas, impostos, contribuições e obrigações previdenciárias em cruzados novos.

40 Savigny, op. cit., pp. 525-526.

41 Idem.

42 Idem.

Finalmente, tendo em vista situações peculiares que poderiam advir da aplicação do disposto na Lei n.º 8.024, de 1990, admitiu-se, ainda, a possibilidade de se autorizar a conversão em cruzeiros de recursos em cruzados novos em montante e percentuais distintos dos estabelecidos, desde que o beneficiário fosse pessoa física que percebesse exclusivamente rendimentos provenientes de pensões e aposentadorias (art. 21).

Fica evidente, pois, que o legislador consagrou as disposições imprescindíveis à transição de um estatuto monetário para outro, minimizando, assim, as conseqüências ruinosas que poderiam advir da simples substituição do sistema monetário.

## 2.4. A retenção dos ativos financeiros e o direito de propriedade

### 2.4.1. Considerações preliminares

Afirma-se enfaticamente que a retenção dos ativos financeiros configuraria frontal ofensa à *garantia do direito de propriedade* (CF, art. 5.º, XXI).

Não se pode negar que o conceito de propriedade sofreu uma profunda alteração neste século. A propriedade privada tradicional perdeu muito do seu significado como elemento fundamental destinado a assegurar a subsistência individual, e o poder de autodeterminação e 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>43</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>44</sup>.

Essa 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 pro-

<sup>43</sup> Hesse, Konrad, op. cit., p. 172.

<sup>44</sup> Cf. Wolff, Martin, *Festgabe für Kahl*, 1923, p. 3, *apud*, Pontes de Miranda, op. cit., p. 392.

teção ao direito de propriedade transcende a concepção privatística estrita, abarcando outros valores de índole patrimonial como as pretensões salariais, as participações societárias<sup>45</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>46</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>47</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 (Martin Wolff, *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, assim, 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>48</sup>

Não existem razões que sugiram a necessidade de mudança dessa orientação, na nova ordem constitucional. De resto, essa orientação 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 tornou-se necessário estender a mesma

45 Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 173.

46 BVerfGE 20, 352 (356); 24, 367 (398); 37, 132 (141).

47 Pieroth e Schlink, *op. cit.*, p. 232.

48 Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 392.

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>49</sup>

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.

Dessarte, uma conclusão mais precisa sobre a controvérsia existente a respeito da constitucionalidade da Lei n.º 8.024, de 1990, depende de uma análise acurada da estrutura geral do direito de propriedade, sua conformação e limitações, bem como sobre as peculiaridades que marcam o dinheiro como substrato do poder de compra e como reserva de valor.

Para isso, afigura-se indispensável contemplar, preliminarmente, a estrutura básica dos direitos fundamentais e, especialmente, do direito de propriedade.

#### 2.4.2. 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>50</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>51</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>52</sup>.

49 Bastos, Celso Ribeiro, in: Bastos, Celso Ribeiro e Gandra, Ives, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, 1989, vol. 2, pp. 118-119.

50 Pieroth e Schlink, *op. cit.*, p. 60; José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, Coimbra 1986, pp. 476-477.

51 Pieroth e Schlink, *op. cit.*, p. 57; Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 18, nº 46.

52 Pieroth e Schlink, *op. cit.*, p. 61.

*Âmbito de proteção* dos direitos fundamentais e *restrições* a esses direitos são conceitos correlatos. Quanto mais amplo for o *âmbito de proteção* 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>53</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>54</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>55</sup>.

### 2.4.3. Estrutura básica do direito de propriedade

#### 2.4.3.1. 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>56</sup>. A vida, a possibilidade de ir e vir, a manifestação de opinião e 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>57</sup>. A proteção constitucional do direito de propriedade e do direito de sucessão não teria, assim,

53 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 62.

54 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 64.

55 Canotilho, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 498.

56 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 59.

57 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 61.



qualquer sentido sem as normas legais relativas ao direito de propriedade e ao direito de sucessão<sup>58</sup>.

Como essa categoria de direito fundamental, que se apresenta, a um só tempo, como garantia institucional<sup>59</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>60</sup>.

A propósito da Constituição de 1967-69, observava Pontes de Miranda que “a propriedade privada é instituto jurídico e garantia do art. 153, § 22, institucional”<sup>61</sup>. Procedendo à distinção entre o direito de liberdade e o direito de propriedade, enfatizava o eminente jurisconsulto, *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 da 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 transcendentemente 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 (Friedrich Giese, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 315). A *fortiori*, contra emendas às leis vigentes, para lhes extinguir pressupostos, diminuir prazos

---

58 Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, p. 303.

59 Trata-se de denominação conferida por Carl Schmitt (institutionelle Garantie) a esses institutos que se prestam a assegurar direitos subjetivos. V. Schmitt, Carl, *Dottrina della Costituzione*, Milão, 1984, pp. 228-230. A sua disciplina constitucional evita que ela possa ser abolida segundo a discricção do legislador (Pieroth e Schlink, op. cit., p. 24).

60 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 60.

61 Pontes de Miranda, op. cit., p. 395.

de aquisição usucapional de propriedade e prescrição de pretensões ou preclusão de direitos.

Ao legislador só se impede de acabar, como tal e em geral, com o instituto jurídico, com o direito de propriedade (Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 398; Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 608)."<sup>62</sup>

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

#### 2.4.3.2. *Definição e limitação do conteúdo do direito de propriedade*

Embora, teoricamente, não se possa caracterizar toda e qualquer disciplina normativa desses institutos como *restrição*, 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>63</sup>, que poderá revelar-se legítima, se adequada para garantir a função social e a natureza constitucional da propriedade, ou ilegítima, se desproporcional, desarrazoada, ou incompatível com o *núcleo essencial* (*Wesensgehalt*) desse direito<sup>64</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>65</sup>.

Inexiste, todavia, um conceito constitucional fixo, estático, de propriedade, afigurando-se legítimas, fundamentalmente, não só as novas definições de conteúdo como a fixação de limites destinados a garantir a sua função social<sup>66</sup>. É que embora não *aberto*, o conceito constitucional de propriedade há de ser necessariamente dinâmico<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> Pontes de Miranda, op. cit., p. 396.

<sup>63</sup> Alexy, Robert, op. cit., p. 304.

<sup>64</sup> Cf. Alessy, op. cit., p. 305; Papier, in: Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Munique, 1990, vol. II, art. 14, n° 253.

<sup>65</sup> Papier, op. cit., art. 14, n° 11.

<sup>66</sup> Cf. a propósito, Papier, Hans-Jürgen, op. cit., art. 14, n° 253, 254. Stein, Erwin, Zur Wandlung des Eigentumsbegriffes, in: Festschrift für Gebhard Müller, Tübingen, 1970, p. 503.

<sup>67</sup> Papier, op. cit., art. 14, n°s 253, 254.

Nesse passo, há de se reconhecer que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um intenso processo de *relativização*, devendo ser interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária<sup>68</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 *hão de observar especialmente o princípio da proporcionalidade*, que exige que as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais<sup>69</sup>.

Como acentuado pela Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*), a faculdade confiada ao legislador de regular o direito de propriedade obriga-o “compatibilizar o espaço de liberdade do indivíduo no âmbito da ordem de propriedade com o interesse da comunidade”<sup>70</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>71</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>72</sup>

É notória a dificuldade para compatibilizar esses valores e interesses diferenciados. Daí enfatizar o *Bundesverfassungsgericht* que o poder de

68 Papler, op. cit., art. 14, nº 35.

69 Papler, op. cit., art. 14, nº 38; Pleroth e Schlink, op. cit., p. 2381.

70 BVerfGE 25, 112 (117).

71 Papler, op. cit., art. 14, nº 38.

72 BVerfGE 37, 132 (140).

conformação do legislador é tanto menor quanto maior for o significado da propriedade como elemento de preservação da liberdade individual<sup>73</sup>. Ao 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>74</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>75</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>76</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, parágrafo 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

73 BVerfGE 50, 290 (340).

74 BVerfGE 50, 290 (340).

75 BVerfGE 42, 263 (294); 31, 229 (240); 37, 132 (140); 50, 290 (339); v. também, Papier, in: *Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz*, art. 14, nº 273.

76 Papier, *op. cit.*, art. 14, nº 308.

do direito de propriedade, inexistindo qualquer relação de hierarquia ou de precedência entre eles.”<sup>77</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 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>78</sup>.

Assinale-se, porém, que, não raras vezes, a *redefinição* de conteúdo ou a imposição de limitações 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>79</sup>. Da mesma forma, a proibição de elevação dos aluguéis acima de determinado limite (30%) configuraria medida de *caráter restritivo e conformativo*<sup>80</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>81</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 (cf. sobre o assunto, *supra* §§ 98-103). 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>82</sup>. Ao contrário das providências de índole expropriatória, essas medidas de *conteúdo restritivo e conformativo* não legitimam, em princípio, qualquer pretensão indenizatória<sup>83</sup>.

77 Papier, op. cit., art. 14, n° 251.

78 BVerfGE, 52, 1 (27); 66, 76; 58, 300 (330); cf., também, Pieroth e Schlink, op. cit., p. 235.

79 BVerfGE 52, 1 (26).

80 BVerfGE 71, 230 (247).

81 Pieroth e Schlink, op. cit., pp. 231 e 235.

82 Papier, op. cit., art. 14, n° 253.

83 Papier, op. cit., art. 14, n° 284.

É possível que a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do Decreto-Lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, que 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 n.º 25, de 1937, arts. 12-14).

O Supremo Tribunal Federal rejeitou a argüição 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 esse movimento que, às vezes, assume aspectos excessivos e condenáveis, mas que, em linha geral, tende a fazer do direito o que ele 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 vicinitalis* — 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.

E 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>84</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 ínclito 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 ob-

---

<sup>84</sup> Apelação nº 7.377, de 17-6-1942, Relator: Ministro Castro Nunes, RDA nº 2, p. 100 (113).

servância 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 de leis ordinárias e às quais não se refere a Constituição especificamente.

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>85</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 conformativo-restritiva* daquelas medidas de nítido *conteúdo expropriatório*.

Em tempos mais recentes, reconheceu o Supremo Tribunal a legitimidade do resgate das enfiteuses instituídas antes do advento do Código Civil e gravadas com cláusula de perpetuidade<sup>86</sup>. Embora a questão relativa

85 Apelação nº 7.377, de 17-6-1942, Relator: Ministro Castro Nunes, RDA nº 2, p. 100 (114).

86 ERE nº 47.931, de 8-8-1962, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, pp. 24 s.; RE 50.325, de 24-7-1962, Relator: Ministro Villas Boas, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, pp. 28 s.; RE nº 51.606, de 30-4-1963, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, pp. 30 s.; RE 52.060, de 30-4-1960, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: *Referências da Súmula do STF*, v. 10, p. 34.



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<sup>87</sup>.

Finalmente, vale lembrar, ainda, que a legitimidade de mudança do regime de direito de propriedade foi percucientemente contemplada no Recurso Extraordinário n.º 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, de 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>88</sup>.

Consagrando a orientação esposada pelo eminente Ministro-Relator, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto — como é o da propriedade, seja ela de coisa móvel, ou imóvel ou de marca —, essa modificação se aplica de imediato<sup>89</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 pelo constituinte à garantia da propriedade<sup>90</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

87 Cf., sobre o assunto, *supra*, §§ 54-56.

88 Recurso Extraordinário n.º 94.020, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* 104, p. 269 (271).

89 Recurso Extraordinário n.º 94.020, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ* 104, p. 269 (271).

90 Cf., a propósito, Papier, *Eigentumsgarantie und Geldentwertung*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* n.º 98 (1973), p. 528 (533).

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 <sup>91</sup>.

#### 2.4.4. A alteração de padrão monetário e a garantia da propriedade

##### 2.4.4.1. Considerações preliminares

Constitui autêntico truismo ressaltar que, hodiernamente, coexistem, lado a lado, o valor nominal da moeda, conferido pelo Estado, e o seu valor de troca interno e externo. Enquanto o valor nominal da moeda se mostra inalterável, salvo decisão em contrário do próprio legislador, o seu valor de troca sofre alterações intrínsecas em virtude do processo inflacionário ou de outros fatores que influem na sua relação com outros padrões monetários <sup>92</sup>.

A nossa experiência histórica e a de outros países demonstram não ser incomum a mudança extrínseca do valor da moeda. Tem-se, não raras vezes, o completo desaparecimento de um sistema monetário como consequência de eventos revolucionários ou de autêntico estado de necessidade decorrente de agudo processo inflacionário, como ocorreu na Alemanha do primeiro Pós-Guerra <sup>93</sup> e, sem a mesma intensidade, na França, em Israel, na Áustria, no Chile e, reiteradas vezes, no Brasil.

Não são novas as discussões sobre as conseqüências jurídicas da mudança de padrão monetário, como demonstram as reflexões desenvolvidas sobre o tema nas obras clássicas de Savigny, Gabba e Roubier. Todavia, esses notáveis juriconsultos contemplaram a questão, fundamentalmente, como problema de direito intertemporal <sup>94</sup>.

Não obstante, a extensão da proteção constitucional do direito de propriedade aos valores patrimoniais e a percepção do conteúdo institucional da garantia do direito de propriedade — avanço que o direito moderno deve sobretudo a Carl Schmitt <sup>95</sup> — impõem que se desenvolvam novas reflexões sobre o tema.

91 Cf. sobre o assunto, supra, §§ 104-108.

92 Gurfinkel de Wendy Lillian N., *Depreciación Monetaria*, 2ª ed., Buenos Aires, 1977, pp. 19-20.

93 Na Alemanha, v.g., procedeu-se à substituição do velho Reichsmark pelo novo Deutschmark, observando uma relação de um (1) bilhão de marcos antigos para um (1) marco (novo). (Cf., sobre o assunto, Hirschberg, Elyahu, *El principio nominalista*, Buenos Aires, 1976, p. 48; Gurfinkel de Wendy, op. cit., p. 19. Também na França outorgou-se ao *nouveau franc* valor 100 vezes superior ao antigo (Gurfinkel de Wendy, *ibidem*).

94 Cf. supra, §§ 42-50 e §§ 58-63.

95 Cf., Schmitt, Carl, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, pp. 228-230 s.

A amplitude conferida modernamente ao conceito constitucional de propriedade e a idéia de que os valores de índole patrimonial, inclusive depósitos bancários e outros direitos análogos, são abrangidos por essa garantia, estão a exigir, efetivamente, que eventual alteração do padrão monetário seja contemplada, igualmente, como problema concernente à garantia constitucional da propriedade<sup>96</sup>.

Hirschberg, um autor moderno, indaga, a propósito:

“¿Cuales son las salvaguardias contra el abuso del enorme poder económico que detenta el Estado en el campo de la política monetaria?”<sup>97</sup>

É o próprio Hirschberg que acrescenta, *verbis*:

“Hasta el momento esta materia no ha sido extensamente desarrollada por los juristas y especialistas en ciencia política, debido a que los principales abusos han tenido lugar en los últimos treinta años. Los excesos de este tipo eran comparativamente escasos bajo el patrón metálico, porque el mismo patrón actuaba como un freno protector de los abusos de la discrecionalidad estatal en materia monetaria.

La violación de los derechos privados es otro aspecto de la materia. Tiene un particular, cuyos derechos han sido afectados por la política monetaria del Estado, alguna acción contra éste o bien contra otros particulares?

Cuando en Israel, el Estado causa un daño a un particular, éste tiene derecho a recurrir a la Alta Corte de Justicia, ya que las autoridades no tienen esta facultad, salvo que estuvieren autorizadas por ley. En lo referente a la política monetaria, la situación es distinta. Aquí, el particular depende de la buena voluntad de las autoridades responsables de la emisión de los medios de pago y del control del sistema bancario. No tiene acción contra ellas en lo que respecta a medidas monetarias, aunque éstas interfieran con sus derechos patrimoniales reconocidos.”<sup>98</sup>

Numa tentativa de resposta ao problema colocado, finaliza Hirschberg, *verbis*:

“Es nuestra conclusión que la amplia discrecionalidad que detenta el Estado en las cuestiones monetarias debe ser limitada aún más que en cualquier otra esfera. El reconocimiento del de-

96 Cf., sobre o assunto, Papier, Hans-Jürgen, op. cit., nota nº 90, pp. 528 s.

97 Hirschberg, *El principio nominalista*, Buenos Aires, 1973, p. 21.

98 Hirschberg, *ibidem*.

recho de propiedad sobre el valor del dinero puede ser un importante paso en esta dirección.”<sup>99</sup>

A extensão da garantia constitucional da propriedade a esses valores patrimoniais não há de ser vista, porém, como panacéia. Essa garantia não torna o padrão monetário imune às vicissitudes da vida econômica. Evidentemente, a própria natureza institucional da garantia outorgada permite e legitima a intervenção do legislador na ordem monetária, com vistas ao retorno a uma situação de equilíbrio econômico-financeiro. Portanto, a simples extensão da garantia constitucional da propriedade aos valores patrimoniais expressos em dinheiro não lhes asseguram um *bill of indemnity* contra eventuais alterações legais do sistema monetário. Tem razão, todavia, Hirschberg quando percebe que a extensão da garantia constitucional da propriedade aos valores patrimoniais expressos em dinheiro ou nos créditos em dinheiro impõe limites e fixa parâmetros à ação legislativa, retirando a matéria da esfera de discricionariedade absoluta do legislador.

Nesse sentido, são elucidativas as decisões do Supremo Tribunal alemão (*Riechsgerecht*) proferidas em 1924 (RGZ 107, p. 370) e 1925 (RGZ 111, p. 320) (cf., a propósito, *infra* §§ 168-178).

#### 2.4.4.2. Significado da garantia constitucional da propriedade e alteração do padrão monetário

A função do dinheiro enquanto reserva de valor não pode ser desconsiderada pela ordem constitucional, que deve levar em conta, ainda, as diferenças existentes entre esses valores patrimoniais e outros bens móveis ou imóveis. Ao contrário desses bens, o dinheiro não contém um valor autônomo decorrente do valor da *posse* ou do valor da *utilidade* que dele se possa auferir (*Besitz-oder Nutzungswert*)<sup>100</sup>.

Como o significado patrimonial do dinheiro decorre, fundamentalmente, de seu *poder de compra*, torna-se inevitável reconhecer que a garantia constitucional que se pretende assegurar a essas posições patrimoniais há de alcançar, necessária e inevitavelmente, esse *valor de troca*<sup>101</sup>.

A admissão do dinheiro e dos créditos em dinheiro no âmbito de proteção da garantia constitucional da propriedade exige que se contemple especificamente a sua natureza peculiar. Não se pode cogitar, aqui, de uma distinção entre *substância e utilidade*. A garantia do valor de troca

<sup>99</sup> Hirschberg, *op. cit.*, p. 26.

<sup>101</sup> Papler, *op. cit.*, art. 14, n.º 176; Papler, *op. cit.*, nota n.º 90, p. 528 (536).

<sup>101</sup> Papler, *op. cit.*, art. 14, n.º 175; Papler, *op. cit.*, nota n.º 90, p. 528 (536).

outorgada ao dinheiro ou aos créditos em dinheiro corresponde a uma garantia da própria *substância* <sup>102</sup>.

Papier rejeita a idéia veiculada na doutrina segundo a qual as disposições constantes do art. 14 da Lei Fundamental alemã se afiguram compatíveis com uma desvalorização monetária que não ultrapasse os limites estabelecidos pelas taxas de juros convencionais pagas às poupanças (*die übliche Sparzinshöhe*) <sup>103</sup>. É que, nesse caso — afirma Papier —, “afeta-se a própria substância do direito de propriedade”. Considera ele, todavia, que a incidência de impostos sobre as rendas dos cidadãos como legítima expressão da função social da propriedade e, portanto, com inequívoco fundamento no art. 14, parágrafo 2.º, da Lei Fundamental <sup>104</sup>.

É manifesta, por outro lado, a dificuldade de cogitar-se de uma legítima expropriação de dinheiro ou dos créditos em dinheiro. Como amplamente reconhecido, a expropriação converte uma *garantia de substância* (*Substanzgarantie*) em *garantia de valor* (*Wertgarantie*). Evidentemente, a desapropriação de dinheiro pressuporia, igualmente, uma indenização em dinheiro, o que está a demonstrar a total falta de sentido de alguma providência dessa índole <sup>105</sup>.

Assinale-se que, tal como amplamente enfatizado na doutrina germânica, o artigo 14 da Lei Fundamental assegura um direito de proteção contra intervenção estatal que possa afetar o valor da moeda (*direito de proteção = Abwehrrecht*). O Estado deve abster-se de práticas que afetem a estabilidade monetária, reconhecendo-se ao indivíduo um direito subjetivo de proteção (*subjektives Abwehrrecht*) contra atos do Poder Público que desenvolvam ou contribuam para o agravamento da situação inflacionária <sup>106</sup>. Todavia, um dever do Estado de proteger o indivíduo contra a desvalorização da moeda, causada pela ação de terceiros (*gesellschaftliches Verhalten*), não pode ser derivado da proteção constitucional ao direito de propriedade (*inexistência de direito à prestação positiva ou direito de proteção contra terceiros = Leistungsrecht oder Leistungsverpflichtung*) <sup>107</sup>.

Segundo Papier, o caráter institucional da garantia da propriedade autoriza o legislador, em casos extremos, a abandonar o modelo nominalista dominante e implementar princípios de *índole valorística*. Tem-se esse quadro — afirma Papier — quando se configura uma situação na qual o restabelecimento da estabilidade monetária se mostra de difícil reali-

102 Papier, op. cit., nota nº 92, p. 528 (538).

103 Papier, ibidem, p. 528 (539).

104 Papier, ibidem, p. 528 (539).

105 Papier, ibidem, p. 528 (540).

106 Papier, ibidem, p. 528 (548).

107 Papier, ibidem, (541).

zação em curto espaço de tempo<sup>108</sup>. É interessante notar, portanto, que, nesses casos, a intervenção do legislador tem por escopo, fundamentalmente, preservar o *valor de troca (Tauschwert)* da moeda, seriamente ameaçado pela desorganização do sistema monetário.

A doutrina constitucional alemã vislumbra outro fundamento jurídico para *relativizar* a garantia outorgada aos valores patrimoniais expressos em dinheiro: a cláusula contida no art. 109, parágrafo 2.º, da Lei Fundamental, que determina que a União e os Estados empreendam esforços com vistas a alcançar “completo equilíbrio econômico” (*gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht*)<sup>109</sup>.

Esse princípio, que realça a responsabilidade do Estado no âmbito da política econômica, é considerado como limitador ou modificador da garantia do direito de propriedade contida no art. 14 da Lei Fundamental<sup>110</sup>. Convém sejam registradas, a propósito, as considerações de Papier sobre a questão nos clássicos Comentários organizados por Maunz e Dürig, *verbis*:

“O art. 109, parágrafo 2.º, da Lei Fundamental, pode eximir o Estado, parcial e temporariamente, do dever de preservar a estabilidade monetária, se não se puder afastar de outra forma o perigo para o equilíbrio econômico completo em virtude da impossibilidade de consecução de outros objetivos igualmente relevantes (alto nível de emprego, crescimento econômico contínuo e adequado, equilíbrio econômico externo). (...) Essa relatividade do dever de assegurar a estabilidade monetária no âmbito do princípio do “completo equilíbrio econômico” repercute também sobre o art. 14, uma vez que a Constituição há de ser entendida como unidade, o que recomenda sejam superadas eventuais contradições pela via da interpretação.”<sup>111</sup>

Essas colocações estão a ressaltar, todavia, que a extensão da garantia constitucional da propriedade aos valores patrimoniais expressos em dinheiro e nos créditos em dinheiro não lhes outorga uma imunidade contra eventuais alterações da política econômica.

A configuração de um quadro de desordem econômica não só legitima, como impõe a tomada de medidas destinadas a restabelecer o completo equilíbrio econômico. A ameaça a esse equilíbrio econômico autoriza o Poder Público a afastar, parcial e temporariamente, a incidência do princípio de estabilidade monetária, com todos os seus consectários.

108 Papier, *ibidem*, (542).

109 Papier, *ibidem*, op. cit., nota nº 64, art. 14, p. 178.

110 Papier, op. cit., nota nº 90, p. 528 (548).

111 Papier, op. cit. nota nº 64, art. 14, nº 178.

De resto, eventuais providências de *conteúdo conformativo-restritivo* por parte do legislador poderão afetar negativamente algumas posições patrimoniais sem que o atingido possa invocar qualquer pretensão indenizatória. É a própria natureza da garantia constitucional do direito constitucional que possibilita e autoriza a redefinição do conteúdo do direito ou a imposição de limitações a seu exercício<sup>112</sup>.

#### 2.4.4.3. O direito de propriedade e a Lei n.º 8.024, de 1990

Ninguém em sã consciência haverá de negar que uma completa reestruturação da ordem econômico-financeira afeta de forma ampla e geral *interesses e direitos*. *Ter-se-ia aqui, porém, a imposição de restrição a posições jurídicas consolidadas de forma incompatível com a ordem constitucional?* A resposta há de ser negativa como demonstram as considerações expendidas nos §§ 41-79.

Como deveriam ser consideradas as repercussões patrimoniais dessas mudanças?

Assinale-se, a propósito, que, como acentuado, o próprio *caráter institucional* da proteção outorgada ao direito de propriedade legitima a *reformulação* ou a *redefinição* do conteúdo de determinados direitos sem qualquer ofensa à garantia constitucional assegurada (cf. supra, §§ 98-127).

Cumpre, todavia, examinar as disposições constantes da Lei n.º 8.024, de 1990, em face da alegada ofensa ao direito de propriedade.

Como já referido, ao reestruturar a ordem monetária nacional e introduzir novo padrão monetário (*cruzeiro*), a Medida Provisória n.º 168, posteriormente convertida na Lei n.º 8.024, de 1990, estabeleceu condições especiais para conversão de cruzados novos em cruzeiros. Embora tenha consagrado a paridade entre a moeda antiga (*cruzados novos*) e a moeda nova (*cruzeiro*) (art. 1.º, § 2.º), estabeleceu a lei que as quantias que excedessem o limite de cinquenta mil cruzados novos seriam convertidas a partir de 16 de setembro de 1991, em doze parcelas iguais e sucessivas (Lei n.º 8.024, de 1990, arts. 5.º, § 1.º, 6.º, § 1.º, e 7.º, § 1.º).

Determinou-se, ainda, que os saldos em cruzados novos não convertidos na forma dos arts. 5.º, 6.º e 7.º fossem transferidos ao Banco Central e mantidos em contas individualizadas em nome da instituição financeira depositante (Lei n.º 8.024, de 1990, art. 9.º). As quantias depositadas deveriam ser corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de seis por cento ao ano ou fração *pro rata* (arts. 5.º, § 2.º, 6.º, § 2.º, e 7.º, § 2.º). Posteriormente, a Lei n.º 8.088, de 31 de outubro de 1990, conferiu nova redação a esses dispositivos, deixando explícito que a conversão dessas

112 Papier, op. cit., nota n.º 90, p. 528 (533).

quantias haveria de observar a paridade estabelecida no art. 1.º, § 2.º, da Lei n.º 8.024, de 1990 (art. 15).

Vê-se, pois, que o legislador optou por uma conversão imediata das quantias em moeda ou dos créditos em moeda até cinquenta mil cruzados novos. As importâncias que excedessem esse limite seriam convertidas segundo um critério deferido.

Assegurou-se a paridade entre cruzados novos e cruzeiros, criaram-se mecanismos para a atualização (*correção monetária*) e remuneração (*pagamento de juros*) das quantias depositadas no Banco Central.

O simples exame dessas disposições afasta de imediato a caracterização de confisco. É inequívoco o propósito do legislador de preservar a própria *substância* do direito de propriedade.

Caberia indagar se a *conversão deferida*, consagrada pela Lei n.º 8.024, de 1990, fere, de alguma outra forma, o direito de propriedade.

Evidentemente, a profunda alteração introduzida pela Medida Provisória n.º 168, de 15 de março de 1990, somente poderá ser adequadamente analisada se se levar em conta o quadro econômico-financeiro dominante à época. O agudo processo inflacionário, que fazia o índice de inflação aproximar-se celeremente dos três dígitos (ca. 73% em fevereiro de 1990) e a intensa especulação financeira ameaçavam a estabilidade da estrutura econômica e política do País. A elevada remuneração paga às aplicações financeiras acabou por afetar o investimento nas atividades produtivas, com sérios e inequívocos riscos para toda a organização econômico-social.

Foi exatamente nesse contexto econômico-social que se editou a Medida Provisória n.º 168, posteriormente convertida na Lei n.º 8.024, de 1990.

Careceria a União de poderes para legislar sobre a matéria? Nem o mais apaixonado dos críticos — e paixão não tem faltado na análise da questão — poderá negar que a União dispõe de competência para legislar sobre o sistema monetário (Constituição de 1988, art. 22, VI).

Evidentemente, essa competência diz respeito não só à faculdade para disciplinar aspectos secundários da ordem monetária, como também ao poder para substituir o próprio padrão monetário<sup>113</sup>. O estabelecimento de condições especiais para conversão da moeda antiga no novo padrão íntegra, obviamente, o amplo complexo de poderes para dispor sobre a ordem monetária.

É inequívoca, pois, a higidez formal da Lei n.º 8.024, de 1990.

---

113 Cf., a propósito, Pontes de Miranda, op. cit., p. 98.



É inegável, porém, que a ampla reforma monetária levada a efeito pela Lei n.º 8.024, de 1990, tornou temporariamente indisponíveis os ativos financeiros em poder dos bancos e entidades de crédito. Haveria de cogitar-se aqui de ofensa ao direito de propriedade, ainda que afastada a configuração de eventual confisco? Ter-se-ia a caracterização de uma expropriação indevida? Estariam configuradas outras ofensas ao direito de propriedade?

Ressalvadas as discussões sobre a possibilidade de alteração/supressão de índices e suas conseqüências sobre os contratos firmados por particulares, não há registro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de qualquer outra decisão sobre a amplitude e os limites do poder do Estado para alterar a própria ordem monetária.

O significado da proteção constitucional aos valores patrimoniais expressos em dinheiro ou nos créditos em dinheiro não foi também objeto de discussão no âmbito do *Bundesverfassungsgericht*. Isso se deve, muito provavelmente, ao quadro de prosperidade e estabilidade dominantes desde a promulgação da Lei Fundamental de Bonn (1949).

Pela semelhança das questões suscitadas com o debate que se lavra hodiernamente entre nós, convém, todavia, analisar algumas decisões do *Reichsgericht* alemão (1924-1925) sobre a revalorização das dívidas no período mais agudo da crise inflacionária que se abateu sobre a República de Weimar.

Os elevados índices inflacionários registrados levaram o Judiciário a buscar alternativas para a revalorização das obrigações decorrentes de relações contratuais com fundamento no *princípio da boa-fé* (*Treu und Glauben*, § 242 BGB)<sup>114</sup>. Essa revalorização não era automática e deveria levar em conta as circunstâncias especiais de cada caso<sup>115</sup>. A insegurança jurídica decorrente da revalorização judicial levou o legislador a estabelecer critérios legais para a revalorização das dívidas em dinheiro<sup>116</sup>.

Assim, em 14 de fevereiro de 1924, foi editada a *Dritte Steuerverordnung* e, posteriormente, em 16 de julho de 1925, a *Lei de Revalorização* (*Aufwertungsgesetz*). Esses atos normativos fixavam uma taxa de revalorização não superior a 15% do valor originário da obrigação, que poderia ser elevada até o máximo de 25% no caso de revalorização de dívidas decorrentes de hipoteca<sup>117</sup>. Dilargaram-se os prazos para o pagamento das obrigações revalorizadas, estabelecendo-se, no caso de hipotecas, que a

114 RGZ 107, 78. V. também Hirschberg, *El principio nominalista*, Buenos Aires, 1976, p. 116.

115 Hirschberg, op. cit., p. 117; Gurfinkel de Wendy, op. cit., p. 148.

116 Hirschberg, op. cit., p. 126.

117 Hirschberg, op. cit., p. 128; Gurfinkel de Wendy, op. cit., p. 151.

dívida poderia ser saldada até 1932. Sobre a soma reajustada deveria incidir taxa de juros que seria elevada anualmente até atingir o índice de 5% <sup>118</sup>.

Não foram objeto de revalorização as dívidas assumidas pelo Estado alemão, o que acabou por liberá-lo, praticamente, de todas as suas obrigações originárias <sup>119</sup>. Também não foram reavaliados os depósitos em conta corrente nos bancos comerciais <sup>120</sup>.

É fácil ver que, embora concretizada com o propósito de atenuar as perdas sofridas pelos credores em decorrência do processo inflacionário, a revalorização legislativa acabou por beneficiar os devedores, assegurando-lhes baixo índice de correção, prazo dilargado para o cumprimento das obrigações e reduzidas taxas de juros <sup>121</sup>.

Como enunciado acima <sup>122</sup>, o *Reichsgericht* teve de apreciar a arguição de inconstitucionalidade dessas disposições. Sustentou-se, inicialmente, a inconstitucionalidade da *Dritte Verordnung*, de 14 de fevereiro de 1924, afirmando-se que ela concretizava uma expropriação ao arrepio do disposto no art. 153 da Constituição de Weimar. Sustentava-se, ainda, que aquele Decreto estabelecia forma especial de tributação (*Sonderbesteuerung*) em desconformidade com o estabelecido no art. 134 da Constituição de Weimar. Afirmava-se, ademais, que a limitação dos direitos do credor hipotecário configurava afronta ao princípio da boa-fé e violava princípios elementares de justiça e de equidade <sup>123</sup>.

O Tribunal rechaçou de plano as alegações de ofensa ao princípio da boa-fé, recusando, igualmente, a arguição de inconstitucionalidade por ofensa aos princípios constitucionais-tributários <sup>124</sup>. Exame mais detido mereceu a alegação de que o Decreto que estabeleceu a revalorização das obrigações concretizava uma desapropriação indevida, como se pode depreender da seguinte passagem do acórdão, *verbis*:

“Uma das principais objeções é a de que o Decreto de revalorização realizou uma desapropriação em desconformidade com o estabelecido no art. 153 da Constituição de Weimar. Essa concepção não pode ser aceita. Afigura-se altamente duvidoso precisar se a revalorização configura uma desapropriação, isto é, a expropriação de um direito, ou se se trata de simples disciplina

118 Hirschberg, op. cit., pp. 128-129.

119 Hirschberg, op. cit., p. 130.

120 Hirschberg, op. cit., p. 129.

121 Hirschberg, op. cit., p. 130.

122 Cf. *supra*, p. 137.

123 RGZ 107, 370 s., de 1º de março de 1924.

124 RGZ 107, 370 (376).

legal de relações cíveis controvertidas e, portanto, de uma disposição concernente ao conteúdo da propriedade. Essa questão não precisa ser resolvida aqui, uma vez que não se cuida, à evidência, de expropriação indevida dos direitos dos credores. O art. 153 da Constituição consagra a garantia da propriedade. É certo, ademais, que o conceito constitucional de "propriedade" abrange as pretensões de índole real ou obrigacional. No 2.º período consagra-se, igualmente, que o conteúdo e os limites da propriedade hão de decorrer da lei. No parágrafo 2.º do art. 153 declara-se a legitimidade da desapropriação, que não se revela incompatível com a proteção que a Constituição pretende assegurar à propriedade. Observe-se, portanto, que os pressupostos relativos à desapropriação fazem-se presentes aqui. A disciplina sobre a revalorização das hipotecas constante do Decreto destina-se à preservação e à recuperação da economia alemã. Tem-se por escopo, pois, o bem geral."<sup>125</sup>

Impugnou-se, posteriormente, a constitucionalidade da *Lei de Revalorização*, de 16 de julho de 1925, alegando-se, fundamentalmente, ofensa ao direito de propriedade e ao princípio da isonomia<sup>126</sup>. Na decisão de 4 de novembro de 1925, reconheceu o *Reichsgericht* a constitucionalidade do diploma questionado<sup>127</sup>. No tocante ao direito de propriedade, afirmou o recorrente que a sistemática contida na Lei, que tratava de forma diferenciada os créditos de natureza diversa e estabelecia prazos para a realização da correção, configurava inequívoca afronta ao direito de propriedade<sup>128</sup>.

Quanto à alegação de ofensa ao direito de propriedade, deixou-se assente no acórdão, *verbis*:

"A desvalorização da moeda e a debacle econômica provocaram uma completa desorganização de todas as relações econômicas no pós-guerra. Embora a jurisprudência tenha reconhecido o direito dos credores de ter os seus créditos corrigidos segundo princípios básicos de equidade, tem-se de admitir a falta de parâmetros para uma adequada correção desses créditos. É que hão de se levar em conta não só a relação obrigacional originária, mas também a situação econômica do credor e do devedor e o estado de empobrecimento geral. A fórmula de correção deveria contemplar múltiplos e imprecisos aspectos, cuja avaliação última somente poderia ser confiada à discricção da autoridade competente para estabelecer a revalorização. Nin-

125 RGZ 107, 370 (375).

126 RGZ 111, 320 s.

127 RGZ 111, 320 s.

128 RGZ 111, 320 (323).

guém poderia afirmar, com segurança, o valor exato de seus créditos. Esse estado de completa insegurança tornou necessária a intervenção do legislador no interesse de toda a ordem econômica, que estava a exigir regras fixas e precisas sobre a revalorização das relações afetadas pelo quadro inflacionário. A sistemática da revalorização parecia adequada para atingir esse objetivo. (...)

Nesse contexto, pode-se afirmar que a revalorização levada a efeito pela Lei de 16 de julho de 1925 não contém providência de índole expropriatória, cuidando-se, propriamente, de uma definição e de uma delimitação, nos termos do art. 152, parágrafos 1.º, 2.º período, da Constituição de Weimar, do conteúdo das relações afetadas pela desvalorização da moeda e pela debacle econômica.”<sup>129</sup>

O *Reichsgericht* recusou, igualmente, a alegação de afronta ao princípio da igualdade. Esse postulado somente podia significar que a lei deveria tratar igualmente supedâneos fáticos (*Tatbeständen*) idênticos. Somente um tratamento diferenciado dessas situações, que não se pudesse justificar racionalmente, configuraria afronta ao postulado da isonomia<sup>130</sup>. É o que se lê na seguinte passagem do acórdão, *verbis*:

“A disciplina legal da revalorização estabelecida na Lei de 16 de julho de 1925, especialmente a sistemática diferenciada que ela consagra, assenta-se na concepção que identifica a necessidade de fixação de critérios precisos, definitivos e claros sobre a problemática da revalorização, contemplando-se, todavia, o desempenho da economia e a possibilidade de uma revalorização individual, naqueles casos em que se revelasse economicamente possível e socialmente exigível. Recusou-se, assim, fundada e explicitamente, a adoção do método individual. As diferenças para a revalorização, concernentes ao tipo de obrigação e a determinados aspectos contemplados na Lei, não são arbitrárias ou incompatíveis com o disposto no art. 109, parágrafo 2.º, da Constituição de Weimar.”<sup>131</sup>

Portanto, não se acolheu a alegada inconstitucionalidade da revalorização legal. Quanto ao direito de propriedade, entendeu o Tribunal que se tratava na espécie de regras de *caráter conformativo*, que se limitavam a *redefinir* licitamente o conteúdo do direito de propriedade. No tocante ao postulado de isonomia, entendeu-se inexistir qualquer discriminação arbitrária na disciplina da reavaliação.

129 RGZ 111, 320 (324-325).

130 RGZ 111, 320 (329).

131 RGZ 111, 320 (329).

Diferentemente da reforma monetária alemã de 1923-24, que reduziu ou, pelo menos, formalizou juridicamente a desvalorização dos créditos em dinheiro, o modelo jurídico consagrado pela Lei n.º 8.024, de 1990, não afetou o próprio *valor patrimonial dos créditos* em questão. Assegurou-se, na espécie, a paridade para a conversão dos cruzados novos em cruzeiros, garantindo-se a correção monetária das importâncias depositadas e o pagamento de juros indenizatórios correspondentes.

No tocante à preservação do valor patrimonial, as medidas contidas na Lei n.º 8.024, de 1990, foram significativamente menos drásticas do que as rotineiras desvalorizações do padrão monetário vigente em relação às moedas estrangeiras. Pode-se afirmar, portanto, que a *substância* do direito de propriedade não foi afetada.

Sob essa perspectiva, não há que se cogitar de lesão ao direito de propriedade decorrente do sistema de *conversão deferida* consagrado pela Lei n.º 8.024, de 1990.

Essas colocações enfraquecem a tese da *expropriação indevida*, sustentada por algumas vozes na doutrina e na jurisprudência.

Uma análise mais detida há de demonstrar que a qualificação das medidas contidas na Lei n.º 8.024, de 1990, como *expropriação* é manifestamente inadequada. Como referido, a Lei n.º 8.024, de 1990, não operou a transferência da titularidade dos valores patrimoniais confiados às instituições financeiras para o Poder Público. Não se verificou, igualmente, a transferência desses recursos para outros entes, públicos ou privados. Ao revés, determinou-se expressamente que os saldos em cruzados novos não convertidos fossem mantidos, no Banco Central, em contas individualizadas em nome da instituição financeira (Lei n.º 8.024, de 1990, art. 9.º).

As autorizações expressas em diferentes diplomas legais para utilização dos cruzados novos retidos (aquisição de imóveis da União, pagamento de tributos, etc.) parecem *infirmar* cabalmente o conteúdo expropriatório das questionadas medidas. A própria autorização para liberação antecipada de determinadas quantias retidas, constante da Portaria n.º 729, de 31 de julho de 1991, do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, e levada a efeito nos termos do art. 18, da Lei n.º 8.024, de 1990, *infirmam* enfaticamente a tese da *expropriação*.

Evidentemente, sem que se tenha verificado qualquer alteração no plano dominial, há de se ter por *inadmissível* a qualificação das providências constantes da Lei n.º 8.024, de 1990, como medidas de índole *expropriatória*.

Poder-se-ia alegar, porém, que a forma consagrada pelo legislador retirou um elemento essencial desse *peculiar direito de propriedade*: a dispo-

nibilidade. Segundo esse entendimento, o bloqueio temporário dos recursos descaracterizaria o próprio direito de propriedade, nulificando um dos seus elementos essenciais, o poder de disposição.

Observe-se que eventual restrição ao poder de disposição não desnatura, por si só, o direito de propriedade<sup>132</sup>. Nesse sentido, bastaria mencionar a decisão do Supremo Tribunal Federal, relativa à constitucionalidade da Lei de Tombamento (cf., supra, §§ 118-122). De qualquer forma, cuida-se, na espécie, de *retenção* ou *restrição* provisória, que não afeta, de forma definitiva, o poder de disposição do titular.

Convém ressaltar, uma vez mais, que as providências constantes da Lei n.º 8.024, de 1990, hão de ser vistas dentro do contexto jurídico-institucional em que se encontram inseridas. Não se trata, evidentemente, de simples *restrição* ao direito de propriedade. Ao revés, cuida-se aqui de completa reestruturação de um regime jurídico, de uma mudança radical no estatuto jurídico da moeda (cf., a propósito, supra, II, c, (bb)).

Essas disposições de *caráter conformativo-restritivo* não têm por escopo precípua impor restrições a determinada situação ou posição jurídica<sup>133</sup>. Eventuais limitações decorrem da *reestruturação* ou *reformulação* completa do estatuto jurídico da moeda, que, por sua própria *natureza institucional*, é suscetível de redefinição<sup>134</sup>.

Como se poderia vislumbrar eventual ofensa ao direito de propriedade na disposição que impõe determinadas condições para a conversibilidade da moeda antiga no novo padrão monetário, se é plenamente legítima a reformulação de um determinado regime, como é o estatuto jurídico da moeda? De onde se pretende derivar o direito de conversão imediata da moeda antiga no novo padrão monetário? Fundar-se-ia essa pretensão no próprio direito de propriedade? Parece inquestionável que, assim como não se pode sustentar o direito de conversão da velha moeda na nova, com base num critério estritamente paritário —, até porque, se assim fosse, seriam impossíveis as reformas monetárias —, não se há de afirmar, igualmente, o direito a uma imediata conversão dos ativos financeiros no novo padrão monetário, com base na garantia constitucional da propriedade.

Convém assinalar, a propósito, que as providências contidas na Lei n.º 8.024, de 1990, configuram medidas convencionais de reforma monetária. Trata-se, em verdade, do modelo de reforma monetária amplamente utilizado na Europa após a 2.ª Grande Guerra. É o que demonstra John Gurley na seguinte passagem de seu ensaio sobre as reformas monetárias efetuadas na Europa entre outubro de 1944 e maio de 1952, *verbis*:

132 Cf., sobre o assunto BVerfGE 26, 215.

133 Cf., sobre o assunto, PIEROTH e SCHLINK, op. cit., pp. 235 e 240.

134 Cf., sobre o assunto, especialmente, RE 94.020, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 104, pp. 269 s.

“Apesar da quase inesgotável lista de providências nas leis monetárias, é possível agrupar estes programas em três tipos gerais, com base na forma pela qual os diversos países enfrentaram o *superávit* de ativos líquidos em suas economias. Em primeiro lugar, existiam aquelas reformas monetárias que reduzem a quantidade de ativos líquidos no início sem bloquear qualquer parte dela. Este “enxugamento” era feito através de troca compulsória de notas velhas e os depósitos bancários “velhos” por novas, a taxas de câmbio, que efetivamente reduzem o enorme volume destes ativos. Cada família e cada empresa podia trocar suas economias em dinheiro e depósitos por novos, na taxa de câmbio estabelecida de, por exemplo, três por um, como no programa austríaco de 1947. De vez em quando, no entanto, permitia-se que uma quantia básica fosse trocada em paridade e outros câmbios de paridade eram estabelecidos em casos de emergência ou para grupos privilegiados. Uma vez que se realizaram estas trocas, no entanto, o primeiro objetivo do programa era atingido, pessoas físicas e empresas tinham um volume menor de ativos líquidos, mas podiam gastar o que restou como queriam. O segundo tipo de reforma monetária não abrangia nenhuma redução imediata na quantidade de ativos líquidos, mas em vez disto previa a imobilização de parte desta quantia na forma de depósitos bancários bloqueados. Mais uma vez, notas foram recolhidas e depósitos bancários foram declarados indisponíveis por seus donos durante um período específico. Neste caso, cada família e cada empresa podia converter seus ativos antigos por novos na proporção de um por um, mas só uma parte do dinheiro novo era liberada para uso livre. Os “ativos excedentes” eram colocados em contas bancárias especiais que, de um modo geral, não poderiam ser utilizados para compra de bens e serviços. Em resumo, indivíduos e empresas detinham o total de suas economias pré-reforma, já que estas economias eram trocadas em paridade, mas só podiam gastar uma parte delas. O terceiro tipo combinava as principais características dos outros dois. Dinheiro e depósitos bancários eram, inicialmente, convertidos em dinheiro novo a taxas de câmbio deflacionadas, mas uma parte da quantia restante era por sua vez congelada em contas bloqueadas. Mil unidades de uma moeda, por exemplo, seriam trocadas por 500 unidades novas e desta quantia, 250 das novas unidades seriam retidas em contas não utilizáveis para transações correntes.”<sup>135</sup>

Observe-se que, das 24 reformas monetárias realizadas na Europa entre outubro de 1944 e maio de 1952, 8 consagraram o *modelo 1* (*Type one*), 12 pautaram-se pelo *modelo 2* (*Type two*) e apenas 4 seguiram o

135 Gurley, John, *Excess Liquidity and Monetary Reforms, 1944-1952*, in: *The American Economic Review*, vol. 43, nº 1 (março-1953), p. 76 (78).

modelo 3 (Type three) <sup>186</sup>. É o que se constata na seguinte Tabela elaborada por Gurley:

CLASSIFICAÇÃO DAS REFORMAS MONETÁRIAS NA EUROPA

PAÍS	MÊS E ANO DA REFORMA	MODELOS		
		1	2	3
Bélgica	out. 1944		x	
Grécia	nov. 1944	x		
Polônia 1 <sup>a</sup>	dez. 1944		x	
Iugoslávia	abr. 1945			x
França I	jun. 1945		x	
Áustria Ib	jul. 1945		x	
Dinamarca	jul. 1945		x	
Noruega	jul. 1945		x	
Holanda	set. 1945		x	
Tchecoslováquia	out. 1945		x	
Áustria II	nov. 1945		x	
Hungria I	dez. 1945	x		
Finlândia	dez. 1945		x	
Hungria II	ago. 1946	x		
Bulgária I	mar. 1947		x	
Romênia I	ago. 1947			x
Áustria III d	nov. 1947	x		
URSS	dez. 1947	x		
França II	jan. 1948		x	
RFA	jun. 1948			x
RDA	jun. 1948			x
Polônia II	out. 1950	x		
Romênia II	jan. 1952	x		
Bulgária II	Mai. 1952	x		

186 Gurley, op. cit., p. 76 (79-80).



Se considerarmos a tipologia organizada por Gurley, a Lei n.º 8.024, de 1990, consagrou, integralmente, o *modelo 2* de reforma monetária. Assinale-se que esse modelo nada tem de anômalo. Cuida-se, ao revés, de tipo de reforma monetária que foi amplamente utilizado na Europa, mormente na Europa Ocidental no imediato Pós-Guerra. A propósito, observa Gurley que, dos países europeus ocidentais que fizeram uso de *reforma monetária no imediato Pós-Guerra, apenas dois não adotaram esse modelo (República Federal da Alemanha e Grécia)*<sup>137</sup>. Por seu turno, os países do Leste optaram, na sua maioria, pelos *modelos 1 e 3*<sup>138</sup>.

Observe-se, ainda, que ao contrário do chamado *modelo 1*, que exige uma reestruturação de preços e salários, a reforma monetária realizada mediante retenção dos ativos financeiros não afeta, fundamentalmente, esses elementos<sup>139</sup>.

É fácil ver, por outro lado, que, a despeito do *bloqueio temporário* dos ativos financeiros, o *modelo 2* revela-se, em tese, menos gravoso para o indivíduo, não acarretando a perda ou o cancelamento de direitos sobre esses ativos, como ocorre, necessária e inevitavelmente, na hipótese de adoção dos dois outros modelos<sup>140</sup>.

Após essas considerações, caberia emitir uma palavra definitiva sobre o significado jurídico-constitucional da reforma monetária introduzida pela Lei n.º 8.024, de 1990. Cuidar-se-ia, efetivamente, de um violento atentado aos valores elementares da cidadania, especialmente ao direito de propriedade? A reforma introduzida deixa-se compatibilizar com a idéia de que a proteção constitucional da propriedade abrange os ativos financeiros confiados às instituições bancárias?

Como demonstrado, inexistente um conceito constitucional fixo, imutável de propriedade. Foi exatamente essa relativa flexibilidade conceitual que permitiu se consolidasse a idéia de que a garantia constitucional da propriedade deveria incidir, igualmente, sobre os demais valores patrimoniais (cf. supra, §§ 81-90). Enquanto típica garantia institucional, a proteção constitucional assegurada ao direito de propriedade não garante — como já acentuado pelo próprio Supremo Tribunal Federal<sup>141</sup> — a preservação de um único e predeterminado modelo ou estatuto jurídico.

137 Gurley, art. cit., p. 76 (79-80).

138 Gurley, *ibidem*.

139 Cf., a propósito, Gurley, art. cit., p. 76 (87).

140 Cf., a propósito, Gurley, art. cit., p. 76 (805 e 875). Referindo-se à reforma monetária realizada na Alemanha em 1948, acentua o referido autor que, feita a conversão da maioria dos depósitos bancários a uma taxa de 10 Reichsmark por 1 Deutsche Mark, procedeu-se ao *bloqueio de 50% desses recursos*. Em outubro de 1948, fez-se o cancelamento de 70% desses ativos (20% desses recursos foram liberados e 10% destinados a investimentos específicos) (Gurley, *op. cit.*, p. 87).

141 RE nº 94.020, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 104, p. 269 (272); v. também voto do eminente Ministro Oroszimbo Nonato na Apelação nº 7.377, de 17-6-1942, Relator: Ministro Castro Nunes, RDA nº 2, p. 100 (113).

A definição do conteúdo do direito de propriedade, bem como o estabelecimento de limitações ao seu exercício constituem atribuições fundamentais do legislador. É por isso que a moderna doutrina constitucional não empresta significação teórica ao *discrimen* entre o ato legislativo destinado a concretizar ou a conferir determinada conformação ao direito de propriedade (*disposições de concretização ou conformação Konkretisierungs- oder Ausgestaltungsbestimmungen*) e aqueloutro promulgado com o escopo de impor limitações a esse mesmo direito (*normas restritivas = Schrankenbestimmungen*)<sup>142</sup>. Embora se afigure possível, do prisma estritamente conceitual, diferenciar as disposições relativas ao conteúdo do direito de propriedade (*Inhaltsbestimmungen*) daquelas concernentes às suas limitações (*Schrankenbestimmungen*), é certo que essa distinção não tem qualquer relevância do ponto de vista da dogmática jurídica<sup>143</sup>.

Nesse sentido, enfatiza Papier que o legislador não está vinculado ao conceito prévio e tradicional de propriedade instituído pela legislação ordinária, estando mesmo legitimado a reformular as disposições de índole restritiva ou conformativa ("Er ist durch art. 14 nicht auf eine traditionelle, einfach-gesetzlich vorgegebene Begrifflichkeit und Rechtskonstituierung festgelegt. Der Gesetzgeber ist wegen art. 14 Abs. 1 s. 2 auch zur Neubestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums legitimiert")<sup>144</sup>.

Não discrepa dessa orientação o Supremo Tribunal Federal, quando ressalta que "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>145</sup> ou quando afirma 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>146</sup>.

No caso em apreço, ao introduzir modificações no sistema monetário, assegurou o legislador a paridade da conversão entre o velho e o novo padrão monetário, estabelecendo condições específicas para as trocas que excedessem determinado valor.

As disposições constantes da Lei n.º 8.024, de 1990, hão de ser vistas, pois, como preceitos que *redefinem* o estatuto jurídico da moeda e, por conseguinte, o regime do direito de propriedade sobre os valores patrimoniais expressos em dinheiro ou nos créditos em dinheiro.

Não se trata aqui, pois, nem de um empréstimo compulsório camuflado, nem de uma expropriação indevida, muito menos de requisição, de

142 Papier, op. cit., art. 14, n.º 251.

143 Papier, op. cit., art. 14, n.º 251.

144 Papier, op. cit., art. 14, n.º 253.

145 Cf. voto do eminente Ministro Orozimbo Nonato na Apelação n.º 7.377, de 17-6-1942, Relator: Ministro Castro Nunes, RDA n.º 2, p. 100 (113).

146 RE n.º 94.020, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 104, p. 269 (272).

depósito compulsório<sup>147</sup> ou de um confisco! Essas disposições não de ser consideradas, no plano dogmático-constitucional, como normas que dão nova definição ou conformação ao direito de propriedade (*disposições de índole conformativa-restritiva do direito de propriedade = Inhalts- und Schrankenbestimmungen*).

Seria lícito indagar sobre os limites desse poder de conformação do legislador em relação ao direito de propriedade, especialmente em relação aos valores patrimoniais expressos em dinheiro ou nos créditos em dinheiro. Os limites aplicáveis às *redefinições* e/ou às *limitações* ao direito de propriedade em geral não de balizar, igualmente, a atividade legislativa concernente à reforma monetária. As mudanças introduzidas pelo legislador não devem importar na supressão do direito da propriedade (*observância da garantia institucional = Institutgarantie*) nem acarretar a nulificação do seu núcleo essencial (*garantia do núcleo essencial = Wesensgehaltsgarantie*), constituído, fundamentalmente, pela *utilidade privada (Privatnützigkeit)*<sup>148</sup> (cf. sobre o assunto supra, §§ 104-112).

No caso em apreço, é certo que a fórmula eleita pelo legislador não afetou o instituto do direito de propriedade. Embora as condições impostas para a conversão do velho padrão monetário no novo configurem uma mudança do estatuto jurídico da moeda e, se se quiser, uma *alteração no regime jurídico da propriedade*, observou-se plena e integralmente a garantia institucional do direito da propriedade, assegurando-se a subsistência integral dos valores patrimoniais expressos em dinheiro e garantindo-se a conversão do dinheiro velho no novo padrão monetário com base numa relação de paridade.

Também não se afetou o *núcleo essencial* do direito de propriedade, tendo restado íntegra a posição do titular do direito sobre os valores patrimoniais expressos em dinheiro ou nos créditos em dinheiro. É verdade que se restringiu temporariamente o poder de disposição sobre esses valores. Eventual proibição de alienar ou a imposição de restrição legal ao poder de disposição não descaracteriza o direito de propriedade, como já admitido inclusive pelo próprio Supremo Tribunal<sup>149</sup>. No mesmo sentido, manifestou-se o *Bundesverfassungsgericht*, reconhecendo que as restrições ao poder de disposição não são necessariamente incompatíveis com o direito de propriedade<sup>150</sup>.

Pode-se afirmar, portanto, que a alteração do estatuto monetário, levado a efeito pela Lei n.º 8.024, de 1990, não afetou o *núcleo substancial* do

---

147 Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, art. cit., p. 49 (63).

148 Papier, op. cit., art. 14, n.ºs 11-12, e 272-273.

149 Cf., a propósito, Apelação n.º 7.377, de 17-6-1942, Relator: Ministro Castro Nunes, RDA n.º 2, p. 100 (114).

150 BVerfGE 26, 215 (222); v. também Papier, op. cit., art. 14, n.º 14.

direito de propriedade — na espécie, a *utilidade privada* dos valores patrimoniais —, nem reduziu o significado da garantia institucional da propriedade. Não se configura, portanto, a alegada ofensa ao direito de propriedade.

Poder-se-ia afirmar, porém, que as medidas tomadas impuseram sacrifício desmedido aos atingidos e seriam, por isso, inconstitucionais (*lesão ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*).

## 2.5. A restrição ao direito de propriedade e a observância do “princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade”

### 2.5.1. Considerações Preliminares

Reconhecida a legitimidade da reformulação da ordem monetária, com suas inevitáveis repercussões sobre as posições jurídicas individuais, cumpriria então indagar se as condições impostas pelo legislador não se revelariam incompatíveis com o *princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade (adequação, necessidade, razoabilidade)*.

Embora a doutrina constitucional brasileira não tenha logrado emprestar um tratamento mais sistemático à matéria, a questão da razoabilidade das leis restritivas tem assumido relevância na aferição da constitucionalidade de algumas leis<sup>151</sup>.

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas como o *princípio da proporcionalidade*. Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no *princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes)*<sup>152</sup>, pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)<sup>153</sup>. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para

---

151 Cf., sobre o assunto, Mendes, Gilmar, Ferreira, Controle de Constitucionalidade; os *Aspectos Jurídicos e Políticos*, São Paulo, 1990, pp. 47 s., v. sobre o assunto, Carlos Roberto Siqueira, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na nova Constituição*, Rio de Janeiro, 1989, pp. 368 s.

152 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 70.

153 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 72.

o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito*)<sup>154</sup>.

O pressuposto da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da *necessidade ou da exigibilidade* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos<sup>155</sup>. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*<sup>156</sup>.

### 2.5.2. O direito de propriedade e o princípio da proporcionalidade

Consoante a firme jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, a definição do conteúdo e a imposição de limitações ao direito de propriedade há de observar o princípio da proporcionalidade. Segundo esse entendimento, o legislador está obrigado a concretizar um modelo social fundado, de um lado, no reconhecimento da propriedade privada e, de outro, no princípio da função social<sup>157</sup>. É ilustrativa, a propósito, decisão na qual a Corte Constitucional deixou assente que, “no âmbito da regulação da ordem privada, nos termos do art. 14, parágrafo 2.º, da Lei Fundamental, deve o legislador contemplar, igualmente, os dois elementos que estão numa relação dialética — a liberdade constitucionalmente assegurada e o princípio da função social da propriedade —, cumprindo-lhe a tarefa de assegurar uma relação equilibrada entre esses dois elementos dentro da ordem jurídica”.<sup>158</sup>

Entende, portanto, o *Bundesverfassungsgericht* que a Constituição autoriza o legislador a concretizar o princípio da função social. Ele não deve restringir a liberdade além do estritamente necessário; não deve, todavia, descurar-se também da concretização da função social da propriedade<sup>159</sup>. Como as novas disposições de índole conformativa-restritiva incidem normalmente sobre situações já constituídas e reguladas, faz-se mister que o legislador leve em conta as estruturas jurídicas preexistentes<sup>160</sup>.

---

154 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 74.

155 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 73.

156 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 73.

157 BVerfGE 52, 1 (29).

158 BVerfGE 37, 132 (140).

159 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 238.

160 Pieroth e Schlink, op. cit., p. 239-240.

O *Bundesverfassungsgericht* considera que o legislador dispõe de poder de conformação relativamente amplo na matéria<sup>161</sup>. Não obstante o Tribunal procura sistematizar a aplicação do princípio da proporcionalidade, enunciando as seguintes condições que não de ser observadas:

a) o legislador deve considerar as peculiaridades do bem ou valor patrimonial objeto da proteção constitucional;

b) o legislador deve considerar o significado do bem para o proprietário;

c) o legislador deve assegurar uma compensação financeira ao proprietário em caso de grave restrição à própria *substância* do direito de propriedade. Embora não se tenha uma expropriação propriamente dita, a observância do princípio da proporcionalidade recomenda que se assegure ao proprietário que sofreu graves prejuízos com a implementação de providência legislativa uma compensação financeira;

d) se possível, deve o legislador atenuar o impacto decorrente da mudança de sistemas mediante a utilização de disposições transitórias (*Übergangsregelungen*), evitando as situações traumáticas, de difícil superação (*Härtenfüllen*)<sup>162</sup>.

### 2.5.3. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

É interessante notar que a primeira referência de algum significado ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — tanto quanto é possível identificar — está intimamente relacionada com a proteção ao direito de propriedade. No RE n.º 18.331, da relatoria do eminente Ministro Orozimbo Nonato, deixou-se assente, *verbis*:

“O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do “*détournement de pouvoir*”. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente consi-

161 BVerfGE 8, 71 (80); 21, 73 (83).

162 Pieroth e Schlink, *op. cit.*, p. 238.

derando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado.”<sup>163</sup>

O tema voltou a merecer a atenção da nossa jurisprudência, na Representação n.º 930, quando se discutiu a extensão da liberdade profissional e o sentido da expressão *condições de capacidade*, tal como estabelecido no art. 153, § 23, da Constituição de 1967/69. O voto então proferido pelo eminente Ministro Rodrigues Alckmin enfatizava a necessidade de preservar-se o núcleo essencial do direito fundamental, ressaltando-se, igualmente, que, ao fixar as condições de capacidade, haveria o legislador de *atender ao critério da razoabilidade*. Convém registrar essa passagem do referido pronunciamento, *verbis*:

“A Constituição Federal assegura a liberdade de exercício de profissão. O legislador ordinário não pode nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional (Cooley, *Constitutional Limitations*, pág. 209). “. . .Nor, where fundamental rights are declared by the constitutions, is it necessary at the same time to prohibit the legislature, in express terms, from taking them away. The declaration is itself a prohibition, and is inserted in the constitution for the express purpose of operating as a restriction upon legislative power”. Pode somente limitar ou disciplinar esse exercício pela exigência de condições de capacidade, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos. Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.”<sup>164</sup>

Embora a questão em apreço se restringisse à liberdade de exercício profissional, parece certo que o juízo desenvolvido mostra-se, aplicável em relação a qualquer providência legislativa destinada a restringir direitos. O reconhecimento da competência do Poder Judiciário para *apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público* demonstra a necessidade de, muitas vezes, proceder-se, no controle de normas, ao confronto da *lei consigo mesma*<sup>165</sup>, tendo em vista os fins constitucionalmente perseguidos. Por outro lado, deve-se acentuar que a argumentação desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal não deixa dúvida de que, na espécie, a legitimidade dessas medidas restritivas há de ser aferida no

163 RE 18.331, Relator: Min. Orozimbo Nonato, RF 145 (1953), pp. 164 s.

164 Cf. transcrição na Rp. 1.054. Relator: Min. Moreira Alves. RTJ 110/937 (967).

165 Canotilho, op. cit., p. 739.

contexto de uma *relação meio-fim (Zweck-Mittel Zusammenhang)*<sup>166</sup>, devendo ser pronunciada a inconstitucionalidade da lei que contenha *limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não-razoáveis)*. Trata-se, à evidência, de aplicação do *princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso* no juízo de constitucionalidade.

Posteriormente, na Representação n.º 1.054, de 4-4-84, discutiu-se enfaticamente a constitucionalidade do art. 86, da Lei n.º 4.215, de 27-4-63, com a redação dada pela Lei n.º 5.681, de 20-7-71, que consagrava a incompatibilidade dos magistrados, membros do Ministério Público e de outras categorias de servidores para o exercício da advocacia, pelo prazo de dois anos, a contar da data da aposentação ou da disponibilidade. Cuidava-se de verificar, fundamentalmente, se as exigências contidas na lei estavam compreendidas no conceito de capacidade e se tais restrições diziam respeito ao interesse público. Após enfatizar que as *condições de capacidade* haveriam de ser somente as requeridas pelo interesse público, assentava o Ministro Moreira Alves, *verbis*:

“E terá sentido dizer-se que o inativo nos dois primeiros anos da inatividade, não tem, em razão do cargo que desempenhava na atividade, a independência necessária ao desempenho da advocacia? É evidente que não. Com efeito, sua posição a esse respeito é exatamente a mesma no dia seguinte ao da inatividade como dois, vinte, ou trinta anos depois. E qual a sua dependência com relação ao Estado para o efeito de pretender-se que o inativo continue, por dois anos, incompatibilizado com o exercício da advocacia ou impedido de advogar contra as Fazendas Federal, Estadual ou Municipal? O aposentado tem direito a proventos, mas se desliga do cargo, da função ou do emprego, extinguindo-se, de imediato, as relações funcionais com o Estado. Não tem sequer pretensões de ascensão. Como então dizer-se que continua ele sem independência nos dois primeiros anos? E o funcionário de sociedade de economia mista, que se aposenta como qualquer trabalhador de qualquer empresa privada, como contribuinte da Previdência Social? Mesmo os militares transferidos para a reserva ou reformados têm os mesmos deveres, antes de dois anos de afastamento, ou depois deles, e se o artigo 86 os tem como independentes para o exercício da advocacia após os dois anos, não há razão alguma para não tê-los naquele biênio. Mas qual a dependência do aposentado, que foi funcionário federal, com relação aos Estados e Municípios, para ser

---

166 Pieroth e Schlink, op. cit. p. 71. Pieroth e Schlink ressaltam que a vinculação do legislador, no âmbito dos direitos fundamentais, transforma o princípio da reserva legal (*Vorbehalt des Gesetzes*) em princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*).



impedido de advogar contra as Fazendas destes nos primeiros anos da inatividade?"<sup>167</sup>

O desenvolvimento do voto do eminente Magistrado, que veio a preponderar na decisão da Suprema Corte, está a demonstrar a relevância da *razoabilidade*, em sentido estrito, para a aferição da legitimidade da lei. Adiante, reconheceu-se a inconstitucionalidade da disposição, enfatizando-se a sua *inadequação, incongruência e irrazoabilidade*:

“Nem se alegue que o ter sido servidor público civil ou militar ou servidor autárquico ou de entidade paraestatal ou funcionário de sociedade de economia mista os impeça ou os incompatibilize de exercer a advocacia por dois anos, tendo em vista razões de ordem ética que se integrariam na capacidade moral, como aptidão, para esse exercício. Essa alegação somente poderia ser feita, evidentemente, com referência à pessoa jurídica de direito público a que tais servidores estiveram vinculados, e assim não justificaria o impedimento que é o existente com relação a quaisquer pessoas jurídicas de direito público, nem muito menos como sucede com os militares e policiais militares — a incompatibilidade total para o exercício da advocacia. Mas, mesmo com relação à pessoa jurídica de direito público a que o servidor estivera vinculado, ela não pode ser exigida apenas de alguns e não de todos que estejam em situação análoga. De feito, não são todos os *inativos que têm tal impedimento ou incompatibilidade*. Os demitidos por pena ou exonerados a pedido não têm essas restrições. E por que não as têm, se o motivo do impedimento ou da incompatibilidade fosse o moral, em razão de ter sido, e o foram tanto os inativos como os demitidos ou exonerados? Porventura as relações de amizade pelo coleguismo anterior serão diferentes porque o colega se aposentou ou foi demitido ou pediu exoneração? E tem sentido que o que se demite para advogar, possa fazê-lo amplamente, e não o possa o que se aposentou? Aliás, se razões de ordem vinculadas à amizade ou à gratidão ou ao temor reverencial tivessem sido levadas em consideração pelo art. 86 do Estatuto da Ordem dos Advogados, por que os agentes políticos, como o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Parlamentares, no minuto seguinte ao em que deixarem o cargo definitivamente podem advogar sem qualquer incompatibilidade ou impedimento, inclusive perante as pessoas jurídicas de direito público e contra elas? Considerações de capacidade moral não podem, portanto, justificar o art. 86 do Estatuto da Ordem dos Advogados, uma vez que ofenderiam, sem a menor dúvida, o

---

167 Rp. nº 1.054, Relator: Min. Moreira Alves. RTJ 110, p. 967.

princípio constitucional de igualdade previsto no § 1.º do art. 153 da Constituição.”<sup>168</sup>

Tais precedentes parecem demonstrar que, também entre nós, procede-se, não raras vezes, à aferição da legitimidade das leis restritivas tendo em vista a sua *necessidade, adequação e proporcionalidade (justa medida)*. E, embora a doutrina brasileira não empreste maior relevo ao excesso de poder legislativo<sup>169</sup>, não parece subsistir dúvida de que o Supremo Tribunal tem identificado esse vício no juízo de constitucionalidade.

Talvez a decisão proferida na Representação n.º 1.077, de 28-3-84, contenha o mais inequívoco exemplo de utilização do *princípio da proporcionalidade* ou da *proibição de excesso* entre nós, uma vez que do texto constitucional não resultava nenhuma limitação expressa para o legislador. Cuidava-se da aferição da constitucionalidade de dispositivos constantes da Lei n.º 383, de 4-12-80, do Estado do Rio de Janeiro, que elevava, significativamente, os valores da taxa judiciária naquela unidade federada. Após precisar a natureza e as características de *taxa judiciária*, enfatizou o eminente Relator, Ministro Moreira Alves, *verbis*:

“Sendo — como já se acentuou — a taxa judiciária, em face do atual sistema constitucional, taxa que serve de contraprestação à atuação de órgãos da justiça cujas despesas não sejam cobertas por custas e emolumentos, tem ela — como toda taxa com caráter de contraprestação — um limite, que é o custo da atividade do Estado, dirigido àquele contribuinte. Esse limite, evidentemente, é relativo, dada a dificuldade de se saber, exatamente, o custo dos serviços a que corresponde tal contraprestação. O que é certo, porém, é que não pode taxa dessa natureza ultrapassar uma equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar, tendo em vista a base de cálculo estabelecida pela lei e o *quantum* da alíquota por esta fixado.”<sup>170</sup>

168 Rp. n.º 1.054, Relator: Min. Moreira Alves. RTJ 110, p. 967.

169 O assunto é mencionado, com brevidade, nos comentários de Caio Tácito ao acórdão relativo ao Recurso em Mandado de Segurança n.º 7.243 (Rel. Min. Luiz Gallotti) (Rev. de Dir. Adm. n.º 59/350). Também José Luiz Anhaia de Mello tece ligeiras considerações sobre o tema, referindo-se a um estudo de Miguel Reale, apresentado como Embargos na Rp. n.º 700 (Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição, São Paulo, pp. 100/102). Anote-se, todavia, que, pouco a pouco, identifica-se esforço doutrinário com vistas a emprestar maior sistematização ao tema, conforme demonstra, v.g., a monografia “O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil”, Rio de Janeiro, 1989, de Carlos Roberto Siqueira de Castro. Nesse sentido também as considerações expendidas no nosso Controle de Constitucionalidade: *Aspectos Jurídicos e Políticos*, São Paulo, 1990, pp. 38 s.

170 Rp. n.º 1.077, Relator: Min. Moreira Alves, RTJ 112, p. 34 (58-59).

Fixada essa idéia de *equivalência razoável* entre custo do serviço e a prestação cobrada, concluiu o eminente Magistrado pela inconstitucionalidade do art. 118, da Lei estadual, que, de forma genérica, fixava em 2% sobre o valor do pedido o *quantum* devido pelo contribuinte, *verbis*:

(...) Por isso, taxas cujo montante se apura com base em valor do proveito do contribuinte (como é o caso do valor real do pedido), sobre a qual incide alíquota invariável, tem necessariamente de ter um limite, sob pena de se tornar, com relação às causas acima de determinado valor, indiscutivelmente exorbitante em face do custo real da atuação do Estado em favor do contribuinte. Isso se agrava em se tratando de taxa judiciária, tendo em vista que boa parte das despesas do Estado já são cobertas pelas custas e emolumentos. Não estabelecendo a lei esse limite, e não podendo o Poder Judiciário estabelecê-lo, é de ser declarada a inconstitucionalidade do próprio mecanismo de aferição do valor, no caso concreto, da taxa judiciária, certo como é que conduzirá, sem dúvida alguma, a valores reais muito superiores aos custos a que servem de contraprestação. A falta desse limite torna incompatível o próprio modo de calcular o valor concreto da taxa com a natureza remuneratória desta, transformando-a, na realidade, num verdadeiro imposto.”<sup>171</sup>

Independentemente da discussão sobre o fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade — alguns assentam-no no princípio do Estado de Direito; outros, no princípio do devido processo legal; outros consideram-no como parte integrante dos direitos fundamentais —<sup>172</sup>, importa reconhecer a sua plena compatibilidade com a nossa ordem jurídica.

#### 2.5.4. O princípio da proporcionalidade e a Lei n.º 8.024, de 1990

As medidas constantes da Lei n.º 8.024, de 1990, foram tomadas num momento extremamente grave da vida econômico-social brasileira. A taxa inflacionária mensal aproximava-se celeremente dos três dígitos (73% em fevereiro) e a especulação financeira dominava a atividade econômica.

O chamado Plano Collor congelou cerca de 80% dos ativos financeiros na forma de cruzados novos (ca. NCz\$ 160 bilhões) e deixou intocados de 35 a 40 bilhões de cruzeiros<sup>173</sup>. Com isso, reduziu-se a quanti-

171 Rp. n.º 1.077, Relator: Min. Moreira Alves, RTJ 112, p. 34 (59).

172 Cf. sobre o assunto o nosso *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*, pp. 72 s.

173 Pereira, Luiz Carlos Bresser, *Os Tempos Heróicos de Collor e Zélia*, São Paulo, 1991, p. 24.

dade de moeda circulante a um percentual equivalente a 9% do PIB, considerado tecnicamente como percentual adequado e suficiente.<sup>174</sup>

Seriam essas medidas adequadas? Evidentemente, que, a par da experiência histórica de vários países, a adequação da medida somente poderia ser aferida, no juízo abstrato de constitucionalidade, mediante prognósticos. Nesse sentido já acentuou o *Bundesverfassungsgericht* que a adequação de uma lei no contexto político-econômico há de ser contemplada quanto à plausibilidade e à objetividade da prognose legislativa<sup>175</sup>. Reconhece-se, pois, ampla liberdade ao legislador na escolha dos meios adequados à consecução dos objetivos pretendidos, somente podendo afirmar-se a inadequação se se puder constatar a sua absoluta impropriedade para os fins a que se propõe no momento da promulgação da lei.<sup>176</sup>

No caso em apreço, pareceria difícil sustentar a absoluta impropriedade ou a inadequação dos meios adotados pelo legislador. Não há dúvida de que, ao reduzir, de forma significativa, a liquidez monetária, a reforma em questão — tendo em vista inclusive a experiência histórica que lhe confere lastro — não poderia ser considerada imprópria aos fins a que se destinava.

Caberia indagar, então, se as medidas constantes da Lei n.º 8.024, de 1990, seriam *necessárias* ou *exigíveis*. Como enunciado, o requisito da *necessidade* ou da *exigibilidade* pressupõe que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo possa ser considerado, inquestionavelmente, mais eficaz na consecução dos objetivos perseguidos pelo legislador (cf. sobre o assunto, supra, § 212).

Não se pode negar que o chamado *excesso de liquidez* existente haveria de ser arrostado mediante providências que reduzissem, de forma significativa, os ativos financeiros. Dos modelos contemplados na tipologia proposta por Gurley, não parece subsistir dúvida de que o *modelo 2*, integralmente adotado pela Lei n.º 8.024, de 1990, revela-se menos gravoso, por não acarretar a perda ou a supressão de direitos sobre parte dos ativos financeiros, o que ocorre, inevitavelmente, no caso de adoção do *modelo 1* ou do *modelo 3*<sup>177</sup>.

Evidentemente, a discussão sobre a *necessidade* das providências não se encerra com essa constatação. A própria eleição de um valor-limite para

---

174 Pereira, Luiz Carlos Bresser, *ibidem*.

175 BVerfGE 37, 1 (21); cf. sobre o assunto, Schneider, Hans, *Zür Verhältnismäßigkeits — Kontrolle insbesondere bei Gesetzen*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, 1976, vol. II, p. 390 (398).

176 BVerfGE 30, 292 (316); 39, 210 (230), v. também sobre o assunto o nosso *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*, pp. 43 s.

177 Gurley, *Excess of Liquidity and Monetary Reforms*, 1944-52, art. cit., p. 76.

*conversão imediata* em cruzeiros ressalta o *poder de conformação* do legislador. Não se trata de nenhum número cabalístico, devendo-se admitir que o legislador poderia ter fixado outros critérios<sup>178</sup>, que, singularmente considerados, apresentariam, igualmente, virtudes e defeitos, prós e contras. A discussão sobre os critérios, os modos de realização, é infundável. Inquestionável parece, todavia, a necessidade da intervenção legislativa no interesse de toda a ordem econômica, como de resto já havia sido reconhecido, pelo *Reichgericht* alemão em situação semelhante<sup>179</sup>. O que importa acentuar é que, a despeito de todas as possíveis objeções<sup>180</sup>, tendo em vista o quadro econômico-financeiro dominante à época, não há como caracterizar a *dispensabilidade* ou o *caráter abusivo* da providência questionada.

Dever-se-ia indagar, finalmente, sobre a *razoabilidade* ou a *proporcionalidade em sentido estrito* das providências contidas na Lei n.º 8.024, de 1990. Esse requisito exige que o indivíduo não seja submetido a sacrifícios superiores aos fins que se almejam com as providências. Imprescindível se faz também a adoção de medidas que atenuem o impacto negativo para o cidadão, inclusive através da outorga de compensação financeira, pelos efeitos gravosos suportados.

Ninguém em sã consciência há de infirmar os elevados interesses públicos que nortearam a edição da Medida Provisória n.º 168, posteriormente convertida na Lei n.º 8.024, de 1990, editada num momento de absoluta desorganização econômico-financeira. Os elevados índices inflacionários flagelavam os assalariados e estimulavam a especulação financeira, contribuindo para a redução das atividades produtivas. A inércia do poder público haveria de levar a um desastre de proporções imprevisíveis, no qual dificilmente restariam incólumes os próprios recursos privados confiados às instituições financeiras. Não há que se cogitar, pois, da desproporcionalidade das providências contidas na Lei n.º 8.024, de 1990.

É certo, ademais, que, tendo em vista o significado patrimonial dos ativos financeiros para os titulares das diversas contas, assegurou-se a atualização dessas importâncias e o pagamento de taxa de juros equivalente a 6% ao ano ou fração *pro rata* (Lei n.º 8.024, arts. 5.º, § 2.º, 6.º, § 2.º e 7.º, § 2.º). Outorgou-se, portanto, satisfatória compensação financeira ao titular de posições jurídicas afetadas com as medidas em apreço.

---

178 Pereira, Luiz Carlos Bresser, *op. cit.*, pp. 23 e s.

179 Cf. sobre assunto, *supra*, §§ 175-176.

180 Uma única exceção talvez possa ser identificada no acórdão do Tribunal Regional de São Paulo, que considerou a Medida Provisória inconstitucional por falta do pressuposto relativo à urgência.

A par dessas cautelas, admitiu-se a transferência de titularidade para fins de liquidação de dívidas e operações financeiras comprovadamente contratadas antes de 15 de março de 1990 (Lei n.º 8.024, de 1990, art. 12) e permitiu-se a liberação de recursos em cruzados novos em montantes e percentuais distintos daqueles estabelecidos na lei, desde que o beneficiário fosse pessoa física que percebesse exclusivamente rendimentos provenientes de pensões e aposentadorias.

Finalmente, consagrou-se no art. 18 da Lei n.º 8.024, de 1990, posteriormente modificado pela Lei n.º 8.808, de 1991, cláusula que faculta ao Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento a possibilidade de reduzir os prazos e elevar os limites estabelecidos nos referidos arts. 5.º, 6.º e 7.º

Resta evidenciado, portanto, que, considerada a situação econômica dominante à época, as medidas contidas na Lei n.º 8.024, de 1990, não impuseram sacrifícios desmedidos ou desproporcionais aos atingidos. Ademais, cuidou o legislador de adotar, as cautelas básicas destinadas a minimizar os efeitos gravosos das providências nela contidas.

Dessarte, também do prisma da estrita proporcionalidade, não há como infirmar a plena legitimidade das medidas constantes da Lei n.º 8.024, de 1990.

#### *Bibliografia*

- ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986.
- BASTOS, Celso Ribeiro, in: Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandras. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, 1989, vol. 2.
- BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (Decisões).
- BVerfGE 8, 71 (80);
- BVerfGE 20, 352 (356);
- BVerfGE 21, 73 (83);
- BVerfGE 24, 367 (396);
- BVerfGE 25, 112 (117);
- BVerfGE 26, 215 (222);
- BVerfGE 30, 292 (316);
- BVerfGE 31, 229 (240);
- BVerfGE 37, 132 (141);
- BVerfGE 39, 210 (230);

BVerfGE 42, 263 (294);  
BVerfGE 50, 290 (340);  
BVerfGE 52, 1 (27);  
BVerfGE 52, 1 (26);  
BVerfGE 58, 300 (330);  
BVerfGE 66, 76;  
BVerfGE 71, 230 (247).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra, 1986.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na nova Constituição do Brasil*, Rio de Janeiro, 1989.

ESPÍNOLA, Eduardo e ESPÍNOLA Filho, Eduardo, *Tratado de Direito Civil Brasileiro*, 1932, vol. II, pp. 187-188.

GABBA, C. F., *Teoria della Retroattività delle Leggi*, vol. III, Torino, 1897.

———. *Teoria della Retroattività delle Leggi*, vol. IV, Torino, 1898.

GURFINKEL DE WENDY, Lillian, N., *Deprecciación Monetaria*, Buenos Aires, 1977.

GURLEY, John, "Excess Liquidity and Monetary Reform", 1944 — 1952, in: *The American Economic Review*, vol. 43, nº 1, março de 1953, pp. 76-100.

HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16ª edição, Heidelberg, 1988.

HIRSCHBERG, Elyahu, *El Principio Nominalista*, trad. do inglês para o espanhol de Jorge Manuel Roimiser e Mónica G. Cohen de Roimiser, Buenos Aires, 1976.

MAXIMILIANO, Carlos, *Direito Intertemporal*, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1955.

MELLO, José Luiz Andrade, *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição*, São Paulo, 1966.

MELLO, O. A. Bandeira de, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1969, vol. I, pp. 276-281.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*, São Paulo, 1990.

MIRANDA, Pontes de, *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1987, tomo V, p. 392.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, "A Reforma Monetária e a retenção dos ativos líquidos no Plano Brasil Novo", *Revista de Informação Legislativa* nº 108, 1990, pp. 49 s.

PAPIER, Hans-Jürgen, "Eigentumsgarantie und Geldentwertung", in: *Archiv des Öffentlichen Rechts* nº 98 (1973), pp. 528-567.

———. in: *Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz*, art. 14, Munique, 1990.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser, *Os Tempos Heróicos de Collor e Zélia*, São Paulo, 1991.

PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte — Staatsrecht*, 3ª edição, Heidelberg, 1988.

REICHSGERICHT (Decisões).

RGZ 107, 78;

RGZ 107, 370 (376);

RGZ 111, 321 (323).

RICHARD, Lionel, *A República de Weimar*, São Paulo, 1988.

ROUBIER, Paul, *Le Droit Transitoire*, 2ª edição, Paris, vol. 8, 1960.

SAVIGNY, Friedrich, *Traité de Droit Romain*, Paris, 1860.

SCHMITT, Carl, *Dottrina della Costituzione*, trad. ital. de Antonio Caracciolo, Milano, 1984.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Decisões).

Apelação nº 7.377, de 17-6-1942, Relator: Ministro Castro Nunes, RDA nº 2, pp. 100 s.;

ERE nº 47.931, de 8-8-1962, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: Referências da Súmula do STF, v. 10, pp. 24 s.;

ERE nº 105.137, Relator: Ministro Rafael Magro, RTJ 119, p. 783;

MS nº 7.243, Relator: Min. Luiz Gallotti, RDA nº 59, p. 350;

RE nº 18.331, Relator: Ministro Orozimbo Nonato, RF nº 145 (1953), pp. 164 s.;

RE nº 50.325, de 24-7-1962, Relator: Ministro Villas Boas, in: Referências da Súmula do STF, v. 10, pp. 28 s.;

RE nº 51.606, de 30-4-1963, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: Referências da Súmula do STF, v. 10, pp. 30 s.;

RE nº 52.060, de 30-4-1960, Relator: Ministro Ribeiro da Costa, in: Referências da Súmula do STF, v. 10, p. 34;

RE nº 76.700, Relator: Ministro Luiz Gallotti, RTJ nº 68, p. 237;

RE nº 94.020, Relator: Min. Moreira Alves, RTJ nº 104, 1988, pp. 269-272;

RE nº 100.249, Relator: Ministro Oscar Corrêa, LEX-STF nº 120, p. 25;

RE nº 105.137, Relator: Ministro Cordelro Guerra, RTJ nº 115, p. 379;

RE nº 105.322, Relator: Ministro Francisco Rezek, RTJ nº 118, p. 709;

Rp. nº 930, Relator: Ministro Rodrigues Alckmin, DJ de 2-9-77;

Rp. nº 1.054, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ nº 110, p. 937 (1967);

Rp. nº 1.077, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ nº 112, p. 34.