

A VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE POR DISPOSIÇÃO RETROATIVA

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSAO

Professor da Universidade de Lisboa
Professor do Curso de Pós-graduação
da Universidade Federal de
Pernambuco

I

O art. 8.º-2 do Dec.-Lei n.º 1, de 6-I-971, contém uma disposição retroativa

O Dec.-Lei n.º 1, de 6-I-971, disciplinou a venda e outros contratos respeitantes a lotes de ações de certas categorias de sociedades anônimas. Essa disciplina foi tornada extensiva a todas as províncias ultramarinas, exceto Macau, pela Portaria n.º 42, de 28-I-971, com algumas alterações que para o nosso fim são irrelevantes.

O art. 8.º-2 estabelece:

“Os contratos celebrados nos doze meses anteriores à entrada em vigor deste diploma e que, na mesma data, ainda não hajam sido totalmente executados por ambas as partes, ficam sujeitos às disposições antedecedentes; o consentimento nelas previsto deve ser pedido nos quinze dias seguintes à sua entrada em vigor, tendo a falta de pedido dentro desse prazo os efeitos da recusa do consentimento”.

O consentimento a que este preceito se refere é o que, nos termos dos arts. 2.º a 6.º, deve ser prestado pelos órgãos sociais e que passou a condicionar os contratos previstos naquele Dec.-lei. Portanto, os contratos ainda não totalmente executados por ambas as partes ficaram também sujeitos a este consentimento.

É-nos perguntado se semelhante disposição é materialmente inconstitucional.

Começemos por observar que o preceito em análise contraria frontalmente o princípio geral de direito da não-retroatividade das leis.

Este princípio geral é comum, praticamente, a todas as nações civilizadas; e é um verdadeiro princípio geral, "válido, por conseguinte, no Direito Público e no Privado". (1).

Está consagrado expressamente no art. 12.º-1 do Cód. Civ., uma vez que, mantendo a tradição, este Código é o repositório de alguns dos princípios fundamentais da ordem jurídica portuguesa.

Nomeadamente os dois capítulos iniciais deste, que são dedicados às fontes do direito e à vigência, interpretação e aplicação das leis, não se confinam a matérias do Direito Civil, antes se destinam à enunciação de alguns destes princípios gerais do sistema.

Expressamente estabelece o art. 12.º-1 que a lei só dispõe para o futuro: e o Dec.-Lei n.º 1/71, ao submeter no seu art. 8.º-2 os contratos celebrados nos doze meses anteriores à sua entrada em vigor à nova disciplina então criada, veio dispor para o passado, valorando de nova maneira um fato que sofrera já outra valoração e que produzira os seus efeitos no domínio de lei diversa. (2).

O art. 12.º-2, que, utilizando as técnicas atuais, veio especificar em que termos se dá a aplicação da lei nova, permite-nos, por seu turno, assentar solidamente a afirmação anterior.

O esquema fundamental daquele preceito é o seguinte: a lei que dispõe sobre as condições de validade formal ou substancial de fatos ou sobre os seus efeitos só se aplica a fatos novos; a lei que dispõe sobre o conteúdo de situações jurídicas, abstraindo dos fatos que lhes deram origem, abrange as próprias situações já constituídas.

(1) MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 8.ª ed., II, Lisboa, 1968 n.º 62.

(2) Veja-se o que com maior desenvolvimento escrevemos sobre esta matéria nas nossas lições de *Introdução ao Estudo do Direito* (1970/71), n.ºs 156 e segs.

Ora, o Dec.-Lei n.º 1/71, disciplinando contratos, abrange fatos, e não situações jurídicas.

Assim se proclama corretamente no sumário oficial do diploma, constante do **Diário do Governo**: "Estabelece normas sobre os **contratos** (grifamos) de venda de lotes de ações, por negociação particular, ou **outros contratos** (grifamos) que operem transferência...".

O contrato é um fato jurídico: por força do princípio geral da não retroatividade, aquele diploma só devia abranger os contratos futuros.

E justamente porque é assim, surgiu a disposição do art. 8.º-2.

Ela seria inútil se os referidos contratos estivessem naturalmente abrangidos pelos preceitos anteriores.

Por isso o legislador, depois de estabelecer que o diploma entra imediatamente em vigor (n.º 1), acrescenta que ele abrange também os contratos celebrados nos doze meses anteriores e ainda não executados.

Por esse fato foi até obrigado a estabelecer no mesmo preceito disposições especiais para estes casos, no que respeita ao prazo para a formulação do pedido de consentimento, confirmando assim, suplementarmente, que as regras gerais anteriores não os abrangeriam por si.

Portanto, as razões por que o art. 8.º-2 é retroativo dizem-se em duas palavras: porque valorou substancialmente contratos que tinham já recebido uma disciplina diversa nos termos da lei anterior.

Quando o legislador recorre à retroatividade, raramente o faz sem qualquer limitação.

Seria muito difícil, se não inteiramente impossível, pretender desenterrar todo o passado, sujeitando-o à valoração da lei nova. Por isso é normal a própria lei demarcar o âmbito da retroatividade, tornando praticável a efetivação desta.

Daqui deriva que a doutrina fale habitualmente na existência de graus de retroatividade. (3).

Vai-se desde uma retroatividade extrema, que é aquela que nem se detém perante o caso julgado, a uma retroatividade ordinária, que é a que ressalva todos os efeitos já produzidos pelos fatos que a lei se destina a regular.

Esta retroatividade ordinária é a regra, de harmonia com o novo Cód. Civ., pois se presume que, mesmo sendo a lei retroativa, se ressalvam os efeitos já produzidos pelos fatos que a lei se destina a regular (art. 8.º-1).

O Dec.-Lei n.º 1/71 estabeleceu dois limites específicos quanto à atuação da retroatividade nele contemplada: um cronológico e outro substantivo.

Por um lado, só se abrangem os contratos celebrados no prazo de um ano antes de 6-I-971; por outro, só se abrangem os contratos que ainda não hajam sido totalmente executados por ambas as partes.

O estabelecimento de um prazo de ano limita cronologicamente o âmbito da retroatividade, mas não tem qualquer significado quanto ao problema dos graus de retroatividade.

Pelo contrário, a limitação aos contratos que ainda não hajam sido totalmente executados por ambas as partes mostra que, dentro dos vários graus de retroatividade admissíveis, não se pretendeu uma retroatividade extrema.

Ressalvam-se os efeitos já produzidos pela execução do contrato.

Isso não impede que, para as hipóteses abrangidas, se verifiquem todas as características da atuação retroativa.

(3) Cfr. as nossas lições de *Introdução* referidas, n.º 168, bem como a recente exposição de J. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a Aplicação no Tempo do Novo Código Civil*, Coimbra, 1968, 49 e segs.

Só se deixou de fora o que respeita à execução, portanto, à realização histórica das obrigações derivadas do contrato: o contrato em si, o acordo de vontades, esse expressamente se supôs realizado e perfeito, tendo produzido efeitos que deveriam consumir-se numa execução posterior. Com a nova regulamentação, o mesmo fato é diversamente apreciado, os requisitos que eram necessários para a produção dos efeitos são alterados, e, conseqüentemente, contaminam-se também efeitos obrigacionais ou reais já anteriormente produzidos.

Põe-se, assim, em causa gravemente o passado, tudo nos fornecendo uma visão muito clara de uma atuação retroativa da lei.

II

A Constituição Política portuguesa não exclui nem permite genericamente a atuação retroativa das leis

A condenação da retroatividade das leis tem um longo passado, em que se inserem nomes veneráveis, como o de Cícero.

Observou-se que a retroatividade aniquila uma das funções mais importantes da lei, que consiste em orientar a conduta dos sujeitos de direito; a retroatividade, excluindo a previsibilidade, impede que estes adequem à norma a sua conduta, reduzindo a atuação da lei à forçada produção da conseqüência normativa.

Observou-se, ainda, que a retroatividade é um fator de profunda perturbação, pois cria a instabilidade nas relações sociais, não deixando a ninguém a segurança de que o que hoje é valorado de certa maneira não seja amanhã posto de novo em causa. (4).

E muitos outros argumentos se avançaram. (5).

(4) Por isso coloca RIPERT a retroatividade entre os fatores de insegurança jurídica e de declínio do direito (*Le déclin du droit*, Paris, 1949, n.ºs 57 a 59).

(5) Há, nomeadamente, um aspecto humano, expresso lapidarmente por MAILHER DE CHASSET (cit. por LEVEL, *Essai sur les conflits de lois dans le temps*, Paris, 1959, 327): "Na ordem da natureza, só o futuro é incerto, e mesmo então a incerteza é

Apesar de tudo, a irretroatividade das leis não foi, na maioria das ordens jurídicas, expressamente assumida como princípio constitucional (6); e, apesar de autores muito significativos, como ALLARA, (7) sustentarem a existência de um princípio constitucional da irretroatividade da lei, implícito na ordem jurídica, a maioria dos intérpretes toma também uma posição negativa.

Supomos que esta posição não se funda propriamente no argumento que prevalentemente vem aduzido em favor da retroatividade — a presunção da superioridade da lei nova em relação à antiga.

O argumento prova demais, pois a sua conseqüência seria antes o estabelecimento do princípio da retroatividade como regra.

O que fez parar a mão do legislador constitucional, sobretudo do legislador moderno, foi o temor do caso excepcional e imprevisível, que não poderia ficar sujeito a uma revisão, normalmente solene, das regras constitucionais.

A preocupação da eficácia fez esquecer a injustiça conatural ao processo.

Assim acontece nomeadamente perante as leis e a prática portuguesas.

Debalde se procurará na Constituição Política uma genérica exclusão da retroatividade. Perante esse silêncio, a doutrina tem afirmado que a não retroatividade é um princípio geral do direito, mas não representa um limite legislativo, podendo ser afastado pelo legislador nas suas

adoçada pela esperança, essa companheira fiel da nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema das leis, o sistema da natureza, e procurar fazer reviver os nossos receios de um tempo que passou já, sem poder restituir-nos as nossas esperanças”.

(6) Vejam-se as valiosas indicações de direito comparado apresentadas por GROTTANELLI DE SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milão, 1970, 9 e segs.

(7) *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, 5.ª ed., Turim, 1958, 126 e segs.

intervencões. Desta situação se fez eco o art. 12.º-1, ao prever, em contradição ao princípio geral de que a lei só dispõe para o futuro, a existência de leis retroativas.

Efetivamente, têm surgido leis retroativas, embora relativamente pouco numerosas. (8) As que existem são com frequência críticas e estão até, por vezes, associadas a abusos do poder.

O mero fato de serem retroativas não basta, porém, para pôr em causa a sua constitucionalidade.

Mas, por outro lado, seria temerário inferir da circunstância de a Constituição não excluir genericamente a retroatividade que a retroatividade da lei é sempre admissível.

As posições exclusivistas, por uma legalidade ou por uma ilegalidade em todos os casos, são também de evitar neste domínio.

Supomos exprimir com verdade o sentido da evolução contemporânea dizendo que do debate global, retroatividade contra irretroatividade, se passou ao debate em especial dos casos em que a retroatividade é ou não possível.

A evolução repete, aliás, a que se processou em muitos outros setores, em que só a superação de oposições dilemáticas abstratas permitiu o rasgar das necessárias distinções.

Assim se passa hoje neste domínio: o arredar da condenação global da retroatividade foi acompanhado de uma elaboração, penosa mas fecunda, tendente a demarcar objetivamente os setores em que essa retroatividade não é admissível.

E mesmo a evolução mais recente não é já esta.

(8) Tome-se como um exemplo o Dec.-lei n.º 13, de 23-1-1971, que entrou em vigor no dia 1.º de janeiro, ao que dispõe o seu art. 19.º

Os autores alemães atuais inverteram a ordem dos termos: de uma demarcação de casos em que a retroatividade não seria admissível, passaram para uma determinação por via positiva dos casos em que se pode admitir essa retroatividade.

Quer dizer, devem considerar-se típicas as intervenções retroativas admissíveis na ordem jurídica alemã. (9).

Os autores alemães fundam no princípio do Estado de Direito a sua posição.

Nós podemos, porém, limitar-nos ao primeiro método anunciado, pois ele nos basta para responder à pergunta que nos foi feita.

Vamos, pois, verificar quais os domínios em que a Constituição não admite o recurso à legislação retroativa pelo legislador ordinário.

III

Há uma exclusão constitucional expressa da retroatividade extrema, que é aquela que ofende o caso julgado

A generalidade das Constituições não contém nenhuma disposição que proíba a retroatividade quando ela tem como consequência a destruição do caso julgado.

Todavia, numa manifestação muito elucidativa da sensibilização a que se chegou neste setor, doutrina e jurisprudência vêm-na admitindo, (10) na base de uma elaboração complexa, mas arguta, do princípio da separação dos poderes.

(9) Cfr. H. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, 7.^a ed., Munique, 1968, § 27, I, c), 2.; FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I, 9.^a ed., Munique e Berlim, 1968, 148-9. Vejam-se também as citações de WERNER WEBER feitas por este último autor.

(10) Cfr. AZZARITI, G., *Il principio della irretroattività delle legge e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, na *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1955, 622 e seg.; GROTTA-NELLI DE SANTI, *ob. cit.*, 59 e segs.

Entre nós, o problema está extremamente facilitado.

Demonstrando uma particular atenção pela salvaguarda do passado que já aqui se começa a manifestar, a Constituição inclui, no art. 123.^o-§ único, uma ressalva "das situações criadas pelos casos julgados", que dá base segura para uma elaboração doutrinária.

Prevê-se aí a inconstitucionalidade orgânica ou formal de regras constantes de diplomas promulgados pelo Presidente da República.

Esta só poderá ser apreciada pela Assembléia Nacional e por sua iniciativa ou do Governo.

Cabe à mesma Assembléia determinar os efeitos da inconstitucionalidade, mas é então que se estabelece a reserva que nos ocupa: deve fazê-lo sem ofensa das situações criadas pelos casos julgados.

Com esta base se tem sustentado a existência de um princípio constitucional do respeito do caso julgado no ordenamento jurídico português.

Fá-lo CASTRO MENDES, (11) e a sua posição é expressamente referendada por MARCELLO CAETANO. (12).

E efetivamente, se a Constituição ressalva mesmo o caso julgado formado de harmonia com uma lei que tem o vício mais grave possível — a inconstitucionalidade — por maioria de razão o deve ressaltar quando formado com base em quaisquer outras leis.

O § único do art. 123.^o deve, pois, ser tomado como um afloramento de um princípio, de valia constitucional, do respeito pelo caso julgado.

(11) *Manual de Processo Civil*, Lisboa, 1963. 97-8.

(12) "A retroatividade da lei pouca desrespeitar os casos julgados ao abrigo de lei anterior? O Cód. Civ. só os ressalva a propósito das leis interpretativas (art. 13.^o), mas não lhes faz referência expressa ao tratar das outras leis retroativas (art. 12.^o-1). A Constituição, § único do art. 123.^o, postula, porém, o respeito do caso julgado como princípio geral de direito nela consagrado." (*Direito Administrativo cit.*, vol. I, n.^o 62)

Fixado o princípio, põe-se o problema do estabelecimento dos seus limites.

Manifestou-se já a tendência para assimilar ao caso julgado certas situações em que a certeza do direito se manifesta de forma igualmente categórica. (13).

Entre nós, deverá perguntar-se se o art. 13.º-1 não é manifestação de um princípio de respeito do direito tornado certo, que ultrapassa o princípio do respeito pelo caso julgado.

Refere-se à lei interpretativa: e se é certo que não pensamos que a lei interpretativa seja propriamente retroativa, também é certo que a lei interpretativa vai produzir efeitos sobre o passado que na prática se confundem com os da retroatividade.

Por isso o Cód. Civ. aproximou as duas situações, a ambas se referindo sob a epígrafe: "**Aplicação das leis no tempo**".

A lei interpretativa é admitida, mas ficam salvos "os efeitos já produzidos pelo cumprimento da obrigação, por sentença passada em julgado, por transação, ainda que não homologada, ou por atos de análoga natureza. (14).

Esta restrição aplica-se por maioria de razão à lei retroativa, pois não se compreenderia que a lei interpretativa, que vem declarar o sentido da lei anterior, depare com estes obstáculos, e a lei retroativa não.

Mas o legislador não precisou de o declarar expressamente, porque, no respeitante à lei retroativa, estabeleceu no art. 12.º-1 uma ressalva maior, em que consumiu esta: ressalvou os efeitos já produzidos pelos fatos que a lei se destina a regular.

(13) Talvez vá neste sentido SANDULLI, ao afirmar que a eficácia retroativa "nunca pode verificar-se sem limites, enquanto que a retroatividade nunca pode operar sobre situações definidas anteriormente à entrada em vigor da lei": cfr. LEGGE (*Dir. Costituz.*), no *Novissimo Digesto Italiano*, 847. Estabelece também em larga medida a inalterabilidade de todos os casos definitivamente consumados H. WOLFF, *ob. e lug. cit.*

(14) Veja-se também o n.º 2 do mesmo artigo.

Simplemente o que é interessante acentuar neste confronto é que, enquanto a ressalva do art. 12.º-1 é apresentada como supletiva ("presume-se que ficam ressalvados"), a do art. 13.º-1 é apresentada como injuntiva ("ficando salvos").

Tinha de ser assim, pois entre esses efeitos estão os resultantes de caso julgado, que estão garantidos pela Constituição; mas, por outro lado, a lei parece traduzir uma inalterabilidade do direito tornado certo, que se imporia ao legislador ordinário, mesmo para além do limite específico do caso julgado.

IV

Há uma exclusão constitucional expressa da retroatividade das normas incriminadoras

O domínio penal ofereceu sempre uma resistência muito particular à retroatividade da lei.

Se esta é fundada essencialmente em considerações de eficácia, como vimos atrás, a valia dessas considerações esbate-se quando encontra perante si altos valores pessoais que doutra forma seriam ameaçados.

A retroatividade da lei penal pode conduzir a declarar criminoso e punir quem atuou de harmonia com as leis.

A injustiça deste procedimento é patente, como é patente a instabilidade social que ele provoca.

Por isso se formulou no Direito Penal o princípio da legalidade, que enquadra este aspecto; e esse princípio só tem sido postergado em regimes totalitários.

É, todavia, interessante observar que mesmo na U.R.S.S., por força de um maior respeito pela ordem jurídica objetiva que se manifestou após a era estaliniana, o princípio da legalidade foi restaurado no Direito Penal.

No terreno específico da irretroatividade, que é aquele que nos interessa, também temos a anotar a tendência amplificadora, que é hoje característica nesta matéria e que aqui é em tudo paralela à que detectamos a propósito da ressalva dos casos julgados.

Começou-se por repudiar a limitação à pena propriamente criminal.

Outras categorias de penas e até comandos e proibições de índole policial deveriam da mesma maneira ser atingidas por esta disciplina. (15).

Modernamente, fazem-se tentativas ainda mais ousadas.

Vários autores sugerem que se entenda a disposição constitucional como excluindo que o legislador possa colocar os privados em situação de desvantagem, só pelo fato de terem atuado no passado como o legislador os induzia a atuar.

Não poderiam, portanto, ser **punidos** pela sua confiança. (16).

A admitir semelhantes orientações, teríamos que grande parte do conteúdo da “**retroatividade desfavorável**” viria, afinal, a ser coberta por esta norma constitucional.

A Constituição portuguesa contém, também, uma exclusão da retroatividade em matéria criminal.

A tendência ampliativa, que atrás anotamos, encontra até nela uma manifestação recente muito elucidativa.

(15) Assim FORSTHOFF, ob. cit., 147.

(16) Cfr. GROTTANELLI DE SANTI, ob. cit., 158; H. WOLFF, ob. e loc. cit.: contraria o princípio do Estado do Direito a atribuição de conseqüências jurídicas desfavoráveis a ações praticadas tendo em vista as conseqüências favoráveis que no tempo da sua prática lhes eram atribuídas.

O art. 8.º-9.º inseria entre os direitos, liberdades e garantias individuais “**não ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare puníveis o ato ou omissão**”.

De harmonia com a proposta de lei de revisão constitucional, seria aditada àquele n.º 9.º a seguinte frase: “...**nem sofrer pena mais grave do que aquela que estiver fixada ao tempo da prática do crime**”.

A Câmara Corporativa ampliou, por sua vez, esta previsão, propondo a inclusão de um novo trecho: não se sofreria também “**medida de segurança fora dos casos previstos em lei anterior**”.

A referência expressa a penas e medidas de segurança constava igualmente do Projeto de Lei n.º 6/X, também submetido à discussão da Assembléia Nacional.

Foi a fórmula ampliada que adotou a Lei n.º 3, de 16-VIII-971.

Será sobre esta base que passará a recair a discussão destas matérias entre nós, de modo a apurar-se qual o grau de retroatividade desfavorável que é vedado ao legislador ordinário utilizar.

V

Para além disso, se o legislador ordinário não pode violar a Constituição mediante leis não retroativas, ainda menos o poderá fazer mediante leis retroativas

Temos, pois, dois limites — especiais, é certo, mas de considerável extensão — à publicação pelo legislador ordinário de leis retroativas.

Mas estes limites não são os únicos.

Além deles, caso por caso, teremos de verificar se uma concreta lei viola ou não garantia ou princípio constitucional.

Parece claro que, do fato de a retroatividade não ser genericamente excluída, não pode inferir-se uma imunidade particular da lei retroativa que estaria dispensada da observância da Constituição.

O princípio enuncia-se com toda a simplicidade.

O que a lei ordinária não pode fazer diretamente também o não pode fazer retroativamente, por maioria de razão até.

A legislação retroativa contraria um princípio geral do direito; logo, só pode ter um estatuto mais desfavorável e nunca um estatuto privilegiado em relação à restante legislação.

Ilustremos este princípio com um exemplo.

Estabelece o art. 58.º da Constituição que — “O Estado garante proteção e pensões àqueles que se inutilizarem no serviço militar em defesa da Pátria ou da ordem, e bem assim à família dos que nele perderam a vida”

Seria, por isso, claramente inconstitucional o diploma que excluísse o direito à pensão de sobrevivência dos familiares dos soldados que vierem a perder a vida na defesa do Ultramar.

Mas, seria do mesmo modo manifestamente inconstitucional o diploma que, retroativamente, retirasse o direito à pensão aos familiares dos que já faleceram, impondo-lhes, quiçá, a restituição das pensões recebidas.

A regra, de que o que a lei ordinária não pode fazer diretamente também o não pode retroativamente, tem aqui plena aplicação.

Semelhante lei seria inconstitucional, não por violar um princípio constitucional da não retroatividade, que não existe, mas por, mediante a retroatividade, violar a garantia constante do art. 58.º da Constituição.

A exclusão da retroatividade passa a ser uma das facetas da garantia trazida por outras disposições constitucionais.

Como afirma GROTTANELLI DE SANTI — “A irretroatividade torna-se assim num mero aspecto do limite que o legislador encon-

tra em determinados direitos ou, mais exatamente, como se costuma dizer, um limite relativo à dimensão “tempo” que se opõe à sua liberdade de ação”. (17).

E o autor acrescenta outra observação de interesse: “O problema diferencia-se nitidamente em relação a quanto se afirma dizendo que o princípio da irretroatividade existe a nível constitucional quando a lei determina com o seu conteúdo uma violação de determinados preceitos constitucionais; diferencia-se enquanto se prospecta uma determinada especificação qualitativa em relação àquela afirmação, aliás, óbvia, porque o limite da irretroatividade imposto neste caso pode não subsistir quando a lei se dirigir apenas ao futuro”.

Esta é a orientação das investigações dos modernos autores, prolongando o princípio atrás enunciado.

E isto arrasta consigo um exame cada vez mais específico dos vários tipos constitucionais, tendente a determinar, em relação a cada um, como pode ele ser violado através de leis retroativas.

Particularmente importante foi a elaboração no domínio dos direitos, liberdades e garantias individuais.

Representando estes direitos limites à atuação do Poder, o aprofundamento de cada um deles tará aparecer situações em que uma disposição retroativa atingirá o direito constitucionalmente garantido. Um caso clássico suscitou-se a propósito do direito de regressar ao próprio país, perante as Constituições que o consagram.

A disposição retroativa que alterasse as condições de concessão de passaporte e anulasse os passaportes já existentes poderia implicar para os cidadãos que se encontrassem no estrangeiro a impossibilidade de regressar ao seu país.

(17) Ob. cit., 77.

Mas isso contraria o princípio da livre deslocação e da emigração, pois é um elemento nele necessariamente implícito o direito de regresso. Semelhante disposição retroativa seria, pois, inconstitucional. (18).

É-nos impossível tentar acompanhar toda esta investigação, pois isso equivaleria ao exame, um por um, de todos os princípios constitucionais (19).

Interessava, sobretudo, deixar o problema colocado: isso feito, podemos abandonar a exposição em geral e limitar-nos, daqui por diante, ao que respeita ao preceito em discussão.

Quais são, neste caso, os princípios constitucionais que devem ser tidos em conta para a apreciação da retroatividade?

Temos, sobretudo, o que respeita à garantia do direito de propriedade; e, em correlação com esta, há a contar com a incidência do princípio da igualdade perante a lei.

Vamos, pois, seguidamente passar ao exame das exigências da garantia constitucional da propriedade e à sua relação com a matéria da retroatividade.

VI

No quadro das garantias constitucionais, a propriedade ocupa entre nós uma posição privilegiada

A estrutura e a situação relativa da propriedade privada são temas de atualidade em todas as ordens jurídicas do mundo.

(18) GROTANELLI DE SANTI, ob. cit., 128-130.

(19) Entre nós, CARDOSO DA COSTA, *Curso de Direito Fiscal*, Coimbra, 1970, 81 e 237, nota 1, parece inclinado a admitir a possibilidade de violação do art. 28.º da Constituição mediante leis retroativas.

As posições que definitivamente se adotam são em extremo variadas, passando-se dum ativo favorecimento a um propósito de restrição ou até de supressão; e há um número elevado de posições intermédias.

Mesmo nas ordens jurídicas que otham com inimizade a propriedade privada, ela recebe uma espécie de garantia constitucional, embora restrita a certas categorias de bens ou outorgada a título transitório.

Por isso G. FOUILLOUX pôde concluir, no termo de uma larga análise de direito comparado: "O traço característico dos textos constitucionais está em que todos se pronunciam sobre o direito de propriedade. Todos reservam um lugar, por pequeno que seja, à propriedade privada". (20).

Esta constância está na base dos esforços realizados no domínio do Direito Internacional Público de concretizar uma proteção, mesmo a nível internacional, do direito de propriedade, nomeadamente em caso de nacionalização. Por diversas vias (21) têm os autores chegado a resultados positivos, assentes, por exemplo, num costume internacional.

Como é natural, porém, é nos países tributários da civilização ocidental que a proteção constitucional da propriedade oferece incidências mais claras; porque a propriedade privada, até dos meios de produção, é uma das bases do respectivo sistema económico-social.

Mesmo aí, várias distinções são possíveis.

Para certas ordens jurídicas mais próximas da orientação liberal, a propriedade ocupa um lugar primário no sistema, em posição privilegiada em relação aos direitos políticos e outras liberdades pessoais:

(20) *La nationalisation et le droit international public*, Paris, 1962, 28.

(21) Cfr., além do autor citado na nota anterior, KAECKENBEECK, *La protection internationale des droits acquis*, no *Recueil des Cours*, 1937, I, 321; S. PETREN, *Confiscation of Foreign Property*, no *Recueil des Cours*, 1963, II, 492.

assim se passa nos Estados Unidos, muito próximos ainda da concepção de uma propriedade sagrada, tal como se popularizou com a Revolução Francesa.

Noutros casos, a invasão crescente do setor público reduziu consideravelmente a proteção qualitativa e quantitativa da propriedade, tendendo-se a dar mais valia às garantias pessoais que aos chamados direitos econômico-sociais.

Esta distinção tem interesse para a compreensão da índole do sistema constitucional português, que passamos a considerar especialmente.

Oferece estas dificuldades particulares de apreciação.

A proclamação de um regime corporativo, que seria um **terti-um genus**, tira clareza às suas grandes linhas.

Todavia, encontramos a afirmação categórica da garantia do direito de propriedade e da sua transmissão em vida ou por morte, nas condições determinadas pela lei civil, no n.º 15.º do art. 8.º

Esta garantia desdobra-se em vários aspectos.

Devemos distinguir:

- 1) A **garantia institucional** da propriedade, que se traduz no comando, dirigido ao legislador ordinário, de admitir instituições correspondentes ao conceito constitucional;
- 2) O **direito à propriedade**, imposto por considerações de Direito Natural e reconhecido a todos os cidadãos; (22)
- 3) Os direitos subjetivos de propriedade existentes, que ficam confirmados e garantidos pelo preceito constitucional.

É este último o aspecto que particularmente nos interessa.

(22) Cfr., o nosso **Reordenamento Agrário e Propriedade Privada**, Lisboa, 1965 (separata do **Curso de Direito e Economia Agrários**, 2 e segs.).

O texto constitucional oferece uma garantia muito sólida aos direitos existentes e às formas por que se opera a sua transmissão.

É certo que se caracterizou também o nosso sistema como de intervencionismo e isso poderia levar a supor que a proteção da propriedade ficaria abalada, abrindo-se o caminho para formas de socialização.

Mas não é assim: a Constituição portuguesa enquadra-se entre aquelas que protegem fortemente o direito de propriedade, mais fortemente ainda do que o fazem em relação aos direitos políticos e liberdades pessoais.

O intervencionismo do Estado manifesta-se no direito e na obrigação do Estado "de coordenar e regular superiormente a vida econômica e social", nos termos do art. 31.º (23). Mas é uma visão profundamente liberal, no que respeita à atuação do Estado como empresário, a que resulta do art. 33.º: "O Estado só poderá intervir na gerência das atividades econômicas particulares quando haja de financiá-las e para conseguir benefícios sociais superiores aos que seriam obtidos sem a sua intervenção". (24) E o § único restringe ainda mais a apropriação pelo Estado de bens de produção ao determinar: "Ficam igualmente sujeitas à condição prevista na última parte deste artigo as explorações de fim lucrativo do Estado, ainda que trabalhem em regime de livre concorrência"

Que concluir, então, destes dados aparentemente contrastantes?

Que tem razão o constitucionalista italiano UGO COLI, que caracteriza o sistema resultante do corporativismo português como um típico composto de muita regulamentação econômica e pouca socialização. (25)

(23) Cfr., sobre alguns princípios constitucionais respeitantes à intervenção do Estado na vida econômica, o nosso **A Colonização Interna e os Princípios Reguladores da Intervenção Estadual**, em **O Direito**, 87.º(1965), 21 e segs.

(24) Este preceito foi alterado pela Lei n.º 3/71, mas de maneira que a sua doutrina ainda ficou reforçada.

(25) **La proprietà e l'iniziativa privata**, no **Commentario Sistemático alla Costituzione Italiana**, dirigido por CALAMANDREI e LEVI, Florença, 1950, 379.

A função de regulamentação está amplamente aberta ao Estado, mas só como exceção se prevê que a titularidade dos bens possa deixar de ser privada.

Temos aqui uma proteção da propriedade privada que ombreia pela que é atualmente concedida pelas ordens jurídicas mais liberais, sem prejuízo dos meios de regulamentação e de planeamento que se reservam para o Estado.

Como, por outro lado, reconhecidamente, o favorecimento da situação dos privados não se comunica, na Constituição portuguesa, às liberdades pessoais e aos direitos políticos, que estão enquadrados numa concepção autoritária do Estado, temos comprovada a nossa afirmação de que sobre estes prima a proteção que é conferida aos chamados direitos económico-sociais.

Como é evidente, limitamo-nos a caracterizar objetivamente a situação constitucional, abstraindo de qualquer preferência pessoal por esta ou outra forma de estruturação.

VII

A garantia constitucional da propriedade abrange todos os direitos patrimoniais

Mas, com isto estamos ainda muito longe de termos chegado ao fim da caracterização da ordem constitucional portuguesa.

Antes de mais: protege-se a propriedade, mas o que é a propriedade?

É que **propriedade** é um conceito extremamente ambíguo.

Limitando-nos às suas utilizações em textos legais, podemos dizer que a propriedade é utilizada, pelo menos, em cinco acepções diversas.

Pode designar:

- 1) Todos os direitos adquiridos
- 2) Todos os direitos patrimoniais
- 3) Todos os direitos reais
- 4) Um direito real específico
- 5) O objeto de um direito real

De entre tantas acepções, o que significará, no texto constitucional, a referência à propriedade?

Os autores estrangeiros respondem sem hesitação que a proteção constitucional da propriedade abrange todos os direitos patrimoniais: é este o sentido que a expressão toma, prevalentemente, nos textos constitucionais.

Na Alemanha, a posição tem sido repetidamente proclamada pelos tribunais superiores.

WERNER WEBER justifica-a com a consideração de que a garantia da propriedade é um complemento e um aspecto da garantia da liberdade.

Nas modernas sociedades, essa garantia só parcialmente repousa sobre a propriedade das coisas; os pressupostos das liberdades essenciais só existem se os pressupostos económicos da sua existência forem reconhecidos e protegidos como outrora o foi a propriedade das coisas.

E, assim, inscreve no conceito de propriedade não só os direitos reais e a posse, como os direitos sobre bens imateriais, os créditos, as rendas, as ações e outros direitos sociais. (26)

Na Itália, escreve com igual decisão SANTI ROMANO que o princípio da inviolabilidade da propriedade privada "se refere tanto à

(26) *Eigentum und Enteignung*, em *Die Grundrechte*, publicação dirigida por NEUMANN, NIPPERDEY e SCHEUNER, II. Berlim, 1954, 352 — 3.

propriedade imobiliária como à mobiliária, à individual e à coletiva, bem como à chamada propriedade artística, literária e industrial e, em geral, à titularidade de todo o direito patrimonial". (27)

No que à Suíça respeita, abrangem-se não apenas todos os direitos patrimoniais privados, (28) como até os direitos que se baseiam em atos administrativos, como os direitos dos funcionários ou os derivados de concessão. A proteção da propriedade concretiza-se na proteção de todos os direitos adquiridos. (29)

Na Austria, a jurisprudência do tribunal constitucional limitou a garantia da propriedade aos direitos patrimoniais privados, mas abrange efetivamente todos os direitos patrimoniais privados. (30)

Entre nós, o problema coloca-se com igual clareza.

Já em 1965 escrevemos:

"Iniciando a apreciação desta garantia, começamos por observar que, na terminologia constitucional, a palavra propriedade não tem o significado corrente de um direito real entre os outros.

Certamente é desta situação que se parte; mas abrangem-se também, com maiores ou menores reservas, todos os direitos reais, e até todos os direitos patrimoniais.

Efetivamente, o que aqui se visa é estabelecer uma proteção dos direitos patrimoniais privados contra arremetidas que os possam atingir". (31)

(27) *Principii di diritto costituzionale generale*, 2.^a ed., Milão, 1927 (reimpressão), 129.

(28) Incluindo até estados e outras situações semelhantes.

(29) Cfr. H. HUBER, *Den Schutz der wohlverworbenen Rechte in der Schweiz*, em *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht*, Munique, 1955 (reimpressão), 457 e 463.

(30) Cfr. H. SPANNER, *Enteignungsprobleme im österreichischer Recht*, em *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht*, Munique, 1955 (reimpressão), 470.

(31) *Reordenamento Agrário e Propriedade Privada* cit., n.º 2.

Também noutro lugar observamos que no art. 8.º-15.º da Constituição se utiliza o sentido amplo, que quadra normalmente aos textos constitucionais, de **propriedade** como sinónimo de todo e qualquer direito patrimonial. (32)

Efetivamente, todo o equilíbrio das garantias constitucionais se perderia se os órgãos públicos não pudessem atingir a propriedade de coisas, mas pudessem livremente apropriar-se de ações, créditos ou outros bens, sem que isso representasse qualquer agravo à Constituição.

Bem precária seria a proteção conferida pelos vários números do art. 8.º, se assim se pudesse proceder.

Na realidade, há um elemento sistemático que cabalmente nos elucida sobre o significado do n.º 15.º em questão.

O n.º 12.º do mesmo artigo insere entre as garantias constitucionais "não haver confisco de bens"

Ora, o confisco é uma pena pela qual se retiram bens a um sujeito, como reação à prática de crimes; e aplica-se a todos os elementos patrimoniais, e não apenas às coisas, como a história o ensina, e resulta da utilização da palavra bens (confisco de bens) em vez de coisas.

Seria então incompreensível que se não pudesse, a título de pena, retirar bens aos sujeitos, e se pudesse livremente fazê-lo quando estes nenhum crime tivessem cometido!

Seria um contra-senso: o n.º 12 pressupõe que a livre titularidade dos bens, fora dos casos de crime, está já garantida por outro preceito constitucional.

Esse preceito só pode ser o do art. 8.º-15.º

Portanto, a garantia constitucional da propriedade estende-se a todos os direitos patrimoniais. (33).

(32) Cfr. o nosso livro *Direitos Reais*, Lisboa, 1971, 142.

(33) Mas podemos deixar de lado o problema, que para os nossos efeitos é irrelevante, de saber se a garantia constitucional abrange apenas os direitos patrimoniais privados ou também os direitos patrimoniais públicos.

Esta conclusão é segura: não sabemos, dentro da pobreza da doutrina constitucionalista portuguesa, nomeadamente em matéria de direitos e garantias individuais, que alguma vez tenha sido contestada.

Em consequência, também a transmissão em vida ou por morte, que é garantida pelo mesmo n.º 15.º, é a transmissão de qualquer elemento patrimonial, e não apenas a transmissão da propriedade de coisas.

VIII

O direito de propriedade é limitado pela função social, constitucionalmente atribuída a este direito; por exigência desta pode inclusivamente chegar-se ao sacrifício da titularidade privada

A imagem duma propriedade absoluta, dominante no século passado, vai-se cada vez mais desvanecendo, à medida que se acentua a preocupação social.

As várias constituições foram progressivamente admitindo hipóteses que podem levar à privação de concretos direitos de propriedade.

Mas, em todos os casos não basta para justificar esta eventualidade a mera invocação de interesses coletivos.

Terá de ser sempre num princípio constitucional que o sacrifício da propriedade privada terá de se esconder: a garantia constitucional da propriedade só cede perante outro princípio fundado em título de não menor dignidade, e que em concreto prima sobre ele.

Assim se entende também perante ordens jurídicas, como a italiana, em que a proteção constitucional da propriedade é muito menos decidida que entre nós. (34)

Entre nós, devemos entrar em conta com a preocupação social expressa na Constituição de 1933.

(34) Cfr. P. BARILE, *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, Pádua, 1953, n.º 20.

Esta, que tão fortemente garantiu a propriedade, não deixou, todavia, de tomar posição neste problema, de modo decidido, se considerarmos as circunstâncias do tempo, ao proclamar a **função social da propriedade**.

Fá-lo no art. 35.º

A técnica utilizada não é perfeita.

Teve-se primariamente em vista os chamados fatores da produção — capital, trabalho e terra.

De todo o modo, por interpretação, sempre poderemos concluir pela vigência, entre nós, de um princípio da função social da propriedade. (35)

Para sabermos, pois, qual o verdadeiro estatuto da propriedade no ordenamento constitucional português, temos de conjugar os dois princípios fundamentais: a garantia da propriedade e a atribuição a esta de uma função social.

A incidência direta do princípio da função social da propriedade é a que resulta do próprio art. 35.º: a lei pode determinar as condições do seu emprego ou exploração conformes com a finalidade coletiva.

Aqui se confirmam as restrições já existentes, e se autoriza, quando não se impulsiona, o estabelecimento de novas restrições aos direitos privados.

Efetivamente, essas restrições são de todos os dias.

A legislação ordinária vai criando uma teia cada vez mais apertada, tendente a assegurar a coincidência do direito de propriedade com a finalidade coletiva.

Mas o adensar dessas restrições não pode ignorar uma barreira, representada justamente pela garantia constitucional da propriedade.

(35) Para maiores desenvolvimentos, remetemos para o nosso livro referido, *Direitos Reais*, n.ºs 84 e 85.

A restrição da propriedade não pode ir até ao ponto de esvaziar a garantia da propriedade do seu conteúdo.

O problema tem atualmente grande relevância, uma vez que, de maneira indireta, através de meras restrições genéricas, se pode tirar todo o significado prático a um concreto direito, sem que todavia se utilize o instituto da expropriação, e, portanto, se conceda a indenização que a esta anda associada. (36)

Assim acontecerá, por exemplo, se uma lei excluir que prédios urbanos sejam habitados, ou que terrenos agrícolas sejam cultivados, sem compensar de qualquer forma os titulares em causa.

Temos relatado o problema nas nossas lições de Direitos Reais, tendo chegado à conclusão de que, se as restrições chegarem ao ponto de excluir a utilização normal dos bens, haverá, então, violação da garantia constitucional da propriedade. (37).

(36) Veja-se a contraposição entre o art. 1.º, § 1, de Lei n.º 2.030, que estabelece a exigência de justa indenização em caso de expropriação, e o art. 3.º, § 2, da mesma lei, que estabelece o princípio de que as restrições legais não dão direito a qualquer indenização.

(37) **Direitos Reais**, n.ºs 82 e 83.

O problema tem interessado particularmente os juristas dos países germânicos, tendo a doutrina e a jurisprudência ensaiado vários critérios para contrapor as restrições admissíveis às violações inconstitucionais da propriedade.

Quando as constituições expressamente impõem o pagamento de uma indenização em caso de expropriação, falam os autores num conceito constitucional de expropriação, cuja grande amplitude seria correspondente à do conceito constitucional de propriedade: cfr. Werner Weber, *ob. cit.*, 370 e segs., para o direito alemão, e HUBER, *ob. cit.*, para o direito suíço.

Já em ordens judiciais, cuja Constituição não assenta no conceito de expropriação ou não lhe fez seguir expressamente uma indenização, se podem obter os mesmos resultados sem recorrer a esta "expropriação em sentido constitucional": assim acontecerá na Austria, cfr. SPANNER, *ob. cit.*

E é este justamente o caso português: devemos afirmar a ilicitude destas intervenções porque contrárias à garantia constitucional, evitando a imprecisão e o equívoco de falarmos numa "expropriação em sentido amplo", que as englobasse.

Poderia mesmo — e esse é o problema que em particular nos interessa — perguntar-se se essa garantia permitiria chegar até à restrição extrema ao direito de propriedade, até à sua radical liquidação na titularidade do sujeito privado, pela extinção ou pela transferência coativa do direito. Estranhamente, a nossa Constituição não resolve expressamente o problema, mas a conjugação do art. 8.º-15.º e do art. 35.º dá-nos com segurança o critério de solução: pode efetivamente a propriedade ser retirada a um sujeito privado desde que tal represente a afetação do bem à função social que, nos termos do art. 35.º, prima sobre a função pessoal da propriedade.

Aqui radica a legitimidade constitucional das formas de privação da propriedade particular por utilidade pública.

Aparentemente, elas contrariariam o art. 8.º-15.º, uma vez que a mera remissão para "as condições determinadas pela lei civil", constante do n.º 15, não pode ser tomada como uma autorização em branco, que permita aos órgãos públicos toda e qualquer forma de atuação, inclusivamente a que destrua o núcleo essencial do direito de propriedade.

Mas o art. 35.º proclama a prevalência da função social, e daí resulta a admissibilidade do sacrifício da titularidade privada, quando um bem pode ser atribuído a uma entidade que o afete a uma função socialmente mais relevante que aquela que é desempenhada atualmente por um sujeito privado.

IX

A privação desta titularidade só é admissível para a afetação direta dos bens ao desempenho de uma função social mais relevante que a preenchida por eles atualmente

Mas, se esta é a justificação das hipóteses, em que se pode chegar até ao sacrifício da titularidade privada, aqui está também o seu limite.

Se os bens não forem **diretamente** afetados a uma função socialmente mais relevante, então a garantia constitucional da propriedade retoma o seu império.

Se não há afetação a uma função socialmente mais relevante, portanto, se a nova titularidade dos bens não produzir por si a vantagem social, deixa de se verificar a intervenção da regra do art. 35.º.

A função social prima sobre a função pessoal, mas esta função pessoal, que é reconhecida a cada titularidade privada de bens, prima sobre quaisquer outras considerações.

Estes princípios encontram ainda uma confirmação cabal na regulamentação do confisco: (38) se não é possível retirar os bens aos particulares nem em punição de um crime praticado, muito menos o será quando não houver crime.

A lei é sempre categórica: ou os bens podem desempenhar por si uma função social mais relevante e, então, são admissíveis as formas de privação do direito de propriedade, ou não podem, e, então, prevalece a titularidade privada.

Alguns exemplos esclarecerão o nosso pensamento.

Suponhamos que, para fortalecer o erário público, uma lei permite a apropriação de prédios de rendimento, embora com contrapartida em indenização adequada.

Ou, então, há uma lei que permite a requisição de ações de sociedades anônimas, para consolidar a carteira de títulos do Estado.

Essas leis seriam inconstitucionais.

A função social não as justificaria, pois ela só cobre os casos em que os bens são **diretamente afetos** à prossecução de uma nova função que não poderiam servir na titularidade dos particulares — não já aqueles em que há um mero aproveitamento da sua potencialidade de rendimento, ainda que em benefício do Estado.

(38) Neste sentido, MARCELLO CAETANO, *Direito Administrativo* cit., II, 948

A Constituição não crê que haja vantagem social na mera transferência dos bens, da titularidade de privados para a titularidade de entes públicos.

O art. 33.º, que já atrás referimos, reflete perfeitamente este princípio no domínio da atividade empresarial, ao restringir as possibilidades de atuação do Estado como sujeito econômico.

Suponhamos, agora, que uma lei permitia a aquisição coerciva dos bens de estrangeiros por particulares, desde que nacionais.

Essa lei seria igualmente inconstitucional, na medida em que representaria uma mera substituição na titularidade de um sujeito privado por outro sujeito, que desempenharia com os bens exatamente a mesma função.

Se não é possível ao Estado substituir-se na utilização dos bens aos sujeitos privados, quando não resultar daí um aumento da utilidade social dos mesmos bens, menos ainda será possível a uns particulares privarem outros do seu exercício.

Ou, melhor, isso só seria possível por intervenção de outros princípios constitucionais que primassem sobre a garantia da propriedade — possibilidade que temos de deixar em aberto, mas que, no caso exemplificado, se não verifica.

As hipóteses em que a lei ordinária prevê o sacrifício da titularidade privada confirmam quanto acabamos de dizer.

Também neste caso o Código Civil funciona como o principal repositório dos princípios gerais da nossa ordem jurídica sobre a matéria.

O preceito, claramente de índole genérica, do art. 1.308.º, estabelece: "Ninguém pode ser privado, no todo ou em parte, do seu direito de propriedade senão nos casos fixados na lei".

Há, aqui, um prolongamento da garantia constitucional da propriedade na **lei civil**, de harmonia com a previsão expressa no art. 8.º 15.º da Constituição, que remete para as condições determinadas pela lei civil.

Tem igualmente muito interesse o art. 1310.º, relativo à fixação da indenização, porque indica os casos em que se pode dar a agressão aos direitos dos particulares.

Estabelece este: "Havendo expropriação por utilidade pública ou particular ou requisição de bens, é sempre devida a indenização adequada ao proprietário e aos titulares dos outros direitos reais afetados"

Ora, em qualquer destes casos há uma afetação direta dos bens a uma finalidade socialmente mais elevada.

Assim acontece com a expropriação por utilidade pública e com a requisição, na medida em que esta permite obter efeitos semelhantes no que respeita aos bens móveis.

Escreve MARCELLO CAETANO, a propósito da expropriação, após referir o conflito entre o primitivo caráter absoluto da propriedade privada e a necessidade de realizar fins sociais de interesse coletivo mediante a utilização de bens já apropriados:

"Assim se chegou a um compromisso, admitindo-se que o proprietário seja privado dos imóveis sobre que exerce o seu direito mediante justa indenização e **apenas nos casos em que os bens se destinem a um fim de utilidade pública superior à função social que estavam a desempenhar**". (39).

Mas o mesmo se passa, afinal, na chamada expropriação por utilidade particular.

A expressão é infeliz, mas não vale a pena terçar armas contra ela, agora que o Código Civil a consagrou.

(39) *Direito Administrativo* cit., II, 945 (o sublinhado é nosso).

Accentue-se, todavia, que aqui se verifica a possibilidade de um titular impor em seu benefício a oneração ou a transmissão de um direito alheio; é duvidoso que possa levar à sua extinção, ao contrário do que é de regra na expropriação por utilidade pública.

Para se falar com rigor, deveria dizer-se que a chamada expropriação por utilidade particular também é uma expropriação por utilidade pública: há uma utilidade pública que justifica a introdução do instituto.

Por exemplo, no caso clássico da expropriação por utilidade particular — o previsto no art. 1550.º do Código Civil, pelo qual se permite ao titular do prédio encravado exigir a constituição de servidão de passagem sobre um prédio rústico circundante — há uma vantagem social direta resultante da constituição da servidão, pois o prédio encravado não podia ser aproveitado e, após a "expropriação por utilidade particular", passa a poder ser.

O aparecimento em primeiro plano dum titular privado, que é quem diretamente é beneficiado, não altera a colocação do problema.

O fato de se poder extrair dos bens uma maior utilidade social é independente do caráter público ou privado da sua titularidade.

Aliás, na própria expropriação por utilidade pública, o beneficiário da expropriação pode não ser um ente público, mas sim um particular, uma sociedade comercial, por exemplo: ponto é que prossiga aquela finalidade de interesse público que justifica a expropriação. (40).

Portanto, todas as formas de privação do direito de propriedade referidas na lei civil, para que remete o art. 8.º-15.º, pressupõem a afetação direta dos bens a uma função social que não poderiam desempenhar, a manter-se a anterior titularidade privada.

Estas observações permitem-nos chegar ainda a um esclarecimento muito importante: poderia pensar-se, por influência do que en-

(40) Cfr. MARCELLO CAETANO, *Direito Administrativo* cit., n.º 379.

sinam certos autores estrangeiros, que a garantia constitucional da propriedade se limitaria a uma garantia do valor dos bens.

Mas esta consideração meramente capitalística seria impotente para nos desvelar o espírito da nossa Constituição.

Esta pretende justamente favorecer a propriedade e desfavorecer o capitalismo.

A propriedade é, antes de mais, reconhecida uma função pessoal; ela surge como uma garantia de estabilidade perante os outros sujeitos e perante os próprios órgãos públicos. (41).

Sendo assim, é a propriedade do bem em si que é efetivamente garantida e defendida de agressões que liquidariam a sua função de anelamento da liberdade individual — e que só cede se essas agressões forem justificadas por uma função mais alta.

Portanto, a propriedade, cada propriedade, é garantida constitucionalmente — salvo expropriação, justificada pela susceptibilidade de afetação daqueles bens a uma função socialmente mais relevante.

É este o efeito primário da garantia constitucional da propriedade.

X

Estes princípios têm expressa consagração no § único do art. 49.º da Constituição, que ressalva os próprios direitos adquiridos sobre bens do domínio público

Toda esta orientação encontra confirmação expressiva no art. 49.º-§ único da Constituição Política, de que propositadamente não nos servimos até este momento.

Refere-se este ao domínio público do Estado; e dispõe o § único que “Os poderes do Estado sobre os bens do domínio público e o uso

(41) Isto exprime a referência ao casal de família constante do art. 14.º da Constituição, referência essa que é muito mais importante pelo que significa do que pelas suas potencialidades de efetivação prática.

destes por parte dos cidadãos são regulados pela lei e pelas convenções internacionais celebradas por Portugal, ficando sempre ressalvados para o Estado os seus direitos anteriores e para os particulares os direitos adquiridos, podendo estes porém ser objeto de expropriação determinada pelo interesse público e mediante justa indenização”.

Este preceito testemunha expressamente os vários princípios que temos estado a enunciar.

Primeiro, o princípio da proteção da propriedade.

Tão fortemente se impôs ao legislador constitucional que este expressamente repete a sua garantia a propósito daqueles bens em que mais duvidosa seria a proteção — os bens que estão sujeitos àquele regime tão particular que constitui o domínio público.

Em relação a eles, o interesse público é tão evidente que há autores portugueses que continuam, inadvertidamente, a caracterizar os bens do domínio público pela insusceptibilidade de serem objeto de direitos patrimoniais privados.

Essa posição poderia ser verdadeira em países estrangeiros, na Itália, por exemplo.

Em Portugal, este § único do art. 49.º traz-lhe uma rotunda negativa.

Os bens do domínio público podem efetivamente ser objeto de direitos patrimoniais privados, e a própria Constituição ressalva a existência desses direitos.

Manifesta-se, pois, de novo, e justamente no setor em que tem menor justificação a subsistência da propriedade privada, o acento protecionista da nossa lei.

Por outro lado, também esta referência aos direitos (patrimoniais) adquiridos pelos particulares confirma a latitude da noção de propriedade acolhida no art. 8.º-15.º.

Esta proteção dos direitos patrimoniais privados tem um limite, a expropriação.

Assim o diz o preceito em exame; e é evidente que a afetação a uma função social mais alta é aqui clara, pois o bem está integrado no domínio público, e o direito patrimonial privado restringe ou limita essa afetação.

Mesmo assim, ainda se impõe que essa expropriação seja determinada pelo interesse público.

Pertence, por isso, aos tribunais, órgãos de controle da constitucionalidade material das leis, determinar se são efetivamente razões de interesse público, e não outras razões, que determinaram aquela expropriação.

Para o caso de haver expropriação, esclarece, enfim, o preceito que esta se realizará — mediante **justa indenização**.

Surge, assim, incidentalmente embora, consagrado o princípio da necessidade de uma justa indenização em contrapartida da expropriação por utilidade pública.

Este princípio é facilmente generalizável, porque complementa a garantia da propriedade em caso de choque entre um concreto direito de propriedade e a função social que deve desempenhar.

A prevalência da função social conduz ao sacrifício desse concreto direito de propriedade, mas a garantia da propriedade transforma-se então numa garantia duma justa indenização em contrapartida da expropriação.

A garantia constitucional da propriedade desdobra-se assim num efeito primário e num efeito subsidiário.

O **efeito primário** consiste na defesa desta contra agressões que não sejam justificadas pela necessidade de afetação dos bens a uma função socialmente mais elevada.

O **efeito subsidiário** consiste na garantia duma justa indenização para o caso de essa eventualidade se verificar.

Também aqui o confronto com a proibição do confisco nos fornece uma útil confirmação.

Aquilo que não pode acontecer nem como pena — a supressão pura e simples de um elemento patrimonial — menos poderá acontecer quando nada se reprova pessoalmente ao titular e apenas se aceita a prevalência de uma finalidade social por razões objetivas.

O sujeito não pode ser "**castigado**" como se tivesse havido um confisco — tem de haver uma justa indenização em consequência do sacrifício que lhe é imposto.

Aliás, a possibilidade de generalização do princípio do art. 49.º-§ único resultaria sempre da consideração de que, se o legislador garante a indenização quando o direito, na sua existência atual, limita efetivamente o desempenho da função social dos bens, que são bens do domínio público, por maioria de razão a deverá garantir nas restantes situações, em que os bens desempenham atualmente uma função positiva, embora possam ser afetados a uma função social mais alta.

Esta garantia de indenização resulta, ainda, de outros princípios constitucionais.

O mais importante é o princípio da justa repartição dos encargos ou vantagens, compreendido no princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, como expressamente resulta da última parte do art. 5.º-§ único da Constituição.

A expropriação, não sendo um castigo, implica um sacrifício especial do patrimônio de um dado sujeito para a obtenção de uma finalidade de interesse público.

Todos vão se beneficiar, mas só um em particular vai ser sacrificado.

Isso não é justo e representa uma quebra da igualdade.

A justa indenização reparte o sacrifício por toda a coletividade e compensa quanto possível o titular dos bens, que passa a dispor de um equivalente patrimonial do elemento que foi sacrificado.

XI

Conseqüentemente, o princípio da proteção do direito adquirido impede, quer violações por via direta, quer violações por via retroativa da propriedade privada

Assim se estrutura a garantia da propriedade nos textos constitucionais portugueses. E, desta maneira, tem plena aplicação a conclusão anterior: se a propriedade não pode ser violada diretamente pelo legislador ordinário, tão-pouco o pode ser de modo enviesado, através de legislação retroativa.

A legislação retroativa nunca poderá ter um estatuto mais favorável que a legislação não retroativa.

O princípio é tão claro que não merece mais que ligeiras referências na doutrina.

Por exemplo, BIDART CAMPOS põe o problema da situação dos benefícios resultantes da previdência social perante a garantia constitucional da propriedade.

Com razão afirma que o direito ao benefício é um direito adquirido; e que uma lei que retroativamente o suprimisse violaria a garantia constitucional, ao atingir um bem incorporado no patrimônio. (42)

A aplicação é de fato clara.

Trata-se, como se vê, de uma incidência obrigatória e direta dos princípios anteriores, pelo que nem vale a pena gastar mais tempo em torno dela.

(42) Los beneficios previsionales y la garantía constitucional de la inviolabilidad della propiedad, na Rev. Jur. de Buenos Aires, 1958, 1, 187.

Limitamo-nos a fazer uma observação relacionada com a utilização da categoria **direitos adquiridos**.

No art. 49.º-§ 1.º (que, como vimos, representa a mais expressiva concretização da garantia geral da propriedade) a Constituição recorre expressamente à expressão **direitos adquiridos**.

Ora, de direitos adquiridos se fala justamente no capítulo da aplicação das leis no tempo: a teoria dos direitos adquiridos foi a dominante no século passado, para tentar destrinçar os casos em que a lei é retroativa.

Temos, pois, de verificar qual a relação desta figura com o nosso tema.

Mesmo que se entendesse que o art. 49.º-§ 1.º fazia recurso a uma precisa construção jurídica, seria necessário esclarecer em que termos se deveria processar a sua aplicabilidade.

A pergunta nasceria do fato da técnica dos direitos adquiridos (43) ter sido modernamente afastada, como critério geral de solução, sobre a aplicabilidade da lei no tempo.

Sendo assim, e uma vez que as construções legais não são vinculativas para o intérprete, caberia a este recolher o conteúdo preceptivo do comando legal e vazá-lo numa técnica apropriada.

No que ao nosso caso respeita, essa transposição seria fácil.

Todas as situações que pudessem ter interesse para a apreciação do preceito em causa são abrangidas na qualificação "direitos adquiridos" por esta teoria.

Aliás, é importante observar que a grande acusação que à teoria se assaia é a da insuficiência: PACE, por exemplo, parte corretamente da observação que a preocupação de proteger os direitos adquiridos é um princípio geral do direito.

(43) A melhor exposição sobre esta continua a ser a de GABBA, Teoria della retroattività delle leggi, 1, 3.ª ed., Turim, 1891, 184 e segs.

E esse princípio manifesta-se **também** nos conflitos temporais de leis, e pode-se concordar que a regra da não retroatividade corresponde **também** a esta exigência.

Mas já seria inadmissível pretender que a irretroatividade se esgote na preocupação da proteção dos direitos adquiridos.

A lei poderia ser retroativa também quando se aplica a fatos de que não resulta nenhum direito; ou quando viola o princípio **tempus regit actum**, ou quando reforça a proteção dos direitos subjetivos. (44)

Também ROUBIER põe repetidamente o acento crítico na insuficiência desta doutrina. (45) Desfibra este uma pluralidade de situações que não recebem qualquer esclarecimento por força da noção de direito adquirido.

E no mesmo sentido vão as afirmações dos restantes autores. (46)

Esta crítica à insuficiência da teoria dos direitos adquiridos nada nos tocaria.

Na hipótese sobre que fomos consultados, têm-se em vista direitos patrimoniais efetivamente consolidados na titularidade de sujeitos privados.

Não suscitaria qualquer dúvida o fato deles serem efetivamente salvaguardados, através da técnica dos direitos adquiridos.

Mas, mais importante ainda nos parece acentuar que a garantia do direito adquirido surge em vários domínios do direito, e não somente no direito intertemporal.

(44) Verificá-se-ia este último caso se uma lei transformasse, por exemplo, obrigações naturais, derivadas de contrato anterior, em obrigações civis: ob. cit., 139-40. Cfr., no mesmo sentido, as observações de ROTONDI no prefácio desta obra (pág. XV).

(45) *Le droit transitoire*, 2.^a ed., Paris, 1960 n.º 36.

(46) Entre nós, cfr., por exemplo, PIRESS DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 1. 5.^a ed., Coimbra, 1961, n.º 34.

São de todos conhecidas as aplicações que desta noção se fizeram no Direito Internacional Privado.

Também no direito anglo-saxão, a noção de **vested right**, a esta correspondente, ocupa uma posição de particular relevo.

Ouçamos ANDRÉ e SUZANNE TUNC esclarecer como esta se desenvolveu no direito constitucional dos Estados Unidos:

“Uma terceira série de arestos... teve por objeto a afirmação dos “direitos adquiridos” ou “direitos fundamentais” (**vested rights**), que o legislador não poderia ofender.

Estes direitos fundamentais eram essencialmente os direitos adquiridos por contrato, direitos de crédito ou direitos de propriedade...

A afirmação adicional dum princípio de proteção dos direitos privados, princípio que derivava mais ou menos diretamente da doutrina do direito natural, continha o germe de um acréscimo de proteção concedida aos particulares pelo poder federal e do controle deste sobre os poderes dos Estados”.

Em nota, esclarecem ainda estes autores que a expressão **vested rights** deve designar unicamente direitos patrimoniais, e não liberdades públicas. (47)

Demoramo-nos um pouco neste aspecto, porque a preocupação pelos direitos adquiridos é própria de sistemas altamente protecionistas da propriedade privada, de que o dos Estados Unidos nos fornece um exemplo típico.

Não admira, por isso, que, lá como cá, tenha sido necessário recorrer à noção de direito adquirido.

De qualquer forma, assiste-se hoje a uma “reabilitação” da teoria dos direitos adquiridos.

(47) *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, Paris, 1954, 97.

Um livro recentemente surgido entre nós procede a essa reabilitação mesmo no seio do direito de conflitos (transitório e internacional privado).

A noção de direitos adquiridos é inadequada para desvendar o conteúdo da regra de conflitos, mas o princípio do reconhecimento dos direitos adquiridos é o fundamento substancial da aplicabilidade da lei antiga ou da lei estrangeira. (48)

É um princípio geral desta ordem que está consagrado no art. 49.º-§ único da Constituição: pois é próprio das constituições estabelecer mais orientações gerais que regras técnicas.

O princípio da proteção dos direitos adquiridos resume, afinal, toda a orientação protecionista dos direitos patrimoniais privados.

Um dos aspectos dessa proteção é a garantia das situações particulares em caso de mudança de lei

Assim se confirma, ainda por outra via, que os concretos direitos de propriedade devem estar ao abrigo de ofensas trazidas, quer por via direta, quer por via retroativa.

XII

A privação, com fundamento no art. 8.º-2 do Dec.-Lei n.º 1/71, de direitos patrimoniais adquiridos viola a garantia constitucional da propriedade, tenha ou não havido transmissão da propriedade no sentido civilístico da expressão

Temos agora todos os elementos necessários para proceder à valoração constitucional do art. 8.º-2 do Dec.-Lei n.º 1/71.

(48) Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, "Ambito de Eficácia e Ambito de Competência das Leis, Coimbra, 1970, 20-2 e 52-61. Também FORSTHOFF, 146 e 153, afirma que a noção de direitos adquiridos, apesar da sua ambigüidade, representa um ponto de referência imprescindível para significar que uma posição jurídica, ponderadas todas as circunstâncias, se revela merecedora de proteção perante o novo direito.

Refere-se este a contratos de compra e venda de lotes de ações, por negociação particular, ou outros contratos que operem transferência de propriedade ou atribuam o direito de voto a pessoa diferente do proprietário, celebrados nos doze meses anteriores à entrada em vigor desse decreto-lei e ainda não totalmente executados.

Parece que o legislador tem em vista nos dois primeiros tipos de contratos, que são os que interessam, transferências de propriedade já operadas, uma vez que fala em contratos de transferência de propriedade.

Prevê-se também, que a execução não esteja completa, mas aqui considerar-se-ão aspectos que daquela transferência são independentes, como o que respeita ao pagamento do preço.

Nada impede, porém, que, subsidiariamente, analisemos também a situação constitucional, para casos em que o contrato já celebrado possa não ter acarretado a transferência da propriedade — caso em que haja uma reserva de domínio, por exemplo.

1) Nos casos normais, em que houve já uma transferência da propriedade, a aplicação dos princípios constitucionais é clara: nem sequer é necessário ter em conta o sentido específico de propriedade, que é de regra nos textos constitucionais.

Alguém que adquira definitivamente uma propriedade vê a sua situação tornar-se resolúvel.

O contrato pode tornar-se definitivamente ineficaz, se for recusado o consentimento a final (art. 6.º-1 do referido diploma). (49)

Quer dizer, alguém que era proprietário deixa de o ser; uma transmissão perfeita já realizada deixa de produzir efeitos.

(49) Este preceito cominará, assim, o que poderíamos qualificar tecnicamente como uma causa de ineficácia superveniente do contrato. Mas, como é óbvio, essa ineficácia só se produzirá se a lei em que se funde não for ela própria ineficaz, por estar viciada de inconstitucionalidade.

Não pode haver contradição mais clara com o preceito que garante “o direito de propriedade e a sua transmissão”.

E repare-se que o que se passou nada tem que ver com o instituto da expropriação.

Na expropriação, o bem em causa é afetado a um fim de utilidade pública a que ele não poderia servir na titularidade privada.

Aquí, não.

Os bens deixam de pertencer a um sujeito privado para passarem a pertencer a outro sujeito privado, sem que com isto se altere a função que desempenhavam.

Não houve, pois, uma afetação a um fim de utilidade pública ou de maior utilidade pública, mas uma mera sobreposição de uns interesses particulares a outros.

Como não há expropriação, não se atribui também nenhuma indenização; pois dissemos que esta é constitucionalmente concebida como a contrapartida necessária do sacrifício do particular para que os bens possam desempenhar uma função qualitativamente prevalente.

Este aspecto está ligado ao funcionamento do mecanismo geral instituído pelo decreto-lei em apreço, que não podemos deixar de considerar singular.

Invocando interesses públicos, acabou por levar a um benefício injustificado de interesses privados.

Quem decide se o interesse público é ou não atingido por esses contratos são as maiorias atualmente no poder nas sociedades anônimas, que assim vêm a sua posição consolidada.

Mesmo a intervenção do Ministro das Finanças é excepcional.

Está fora do objeto deste parecer determinar se essa opção legal por uns interesses privados em relação a outros respeitou os princípios constitucionais; mas já nos cabe verificar que há decerto inconstitucionalidade quando há eficácia retroativa, nos termos do art. 8.º-2.

Então não se prefere apenas um interesse privado a outro interesse privado — tira-se o que pertencia a um privado para dar a outro.

Isto é inaceitável, pois a Constituição não permite à lei fazer opções entre sujeitos privados.

Podem retirar-se bens a um particular para se afetarem diretamente a um interesse público.

Não podem já, como vimos, ser retirados na base de uma consideração indireta do interesse público, para aumentar as reservas do Estado, por exemplo.

Muito menos o poderão quando os bens são simplesmente retirados a um sujeito privado e entregues a outro, que continua a desempenhar, em relação a eles, exatamente a mesma função.

É de supor que o legislador tenha tido em vista considerações de interesse geral ao publicar o Dec.-Lei n.º 1/71, pois é natural que haja sempre considerações de interesse geral na base de cada ação legislativa.

Mas, num Estado de Direito, nem todos os meios são adequados para se atingirem os fins, mesmo de interesse geral, que o legislador se possa propor.

Um fim de interesse público pode ter sido servido por um meio inconstitucional.

O que dizemos pode ser ilustrado através dum confronto com uma atuação não retroativa da lei que fosse inspirada por considerações semelhantes às que inspiraram a sua atuação retroativa.

Suponhamos que o legislador, preocupado com a “alteração no funcionamento normal da concorrência entre empresas” (art. 4.º-1 do

Dec.-Lei n.º 1/71), ordena que as maiores empresas de certo ramo cedam aos seus concorrentes determinada percentagem do seu capital social.

Seria clara a inconstitucionalidade de tal procedimento, por mais que o legislador se propusesse uma finalidade de interesse público.

Pois também é clara a inconstitucionalidade de uma disposição retroativa que visa retirar de um para atribuir a outro parte do capital de certa sociedade, ainda que a sua finalidade seja evitar alteração no funcionamento normal da concorrência entre empresas.

Está, assim, viciada esta disposição, que não preenche os requisitos mínimos indispensáveis para a legalidade do sacrifício dos direitos privados de propriedade.

2) Mas, como dissemos, convém ainda examinar subsidiariamente a hipótese de os contratos em causa não terem provocado imediatamente a transferência da propriedade.

Nessa hipótese, resulta já do que dissemos que, se a situação civilística é muito diversa, a situação constitucional em nada se altera.

Temos de entrar aqui em conta com o conceito especificamente constitucional de propriedade, que expusemos nos números anteriores.

Concluimos então que a propriedade, na sua acepção constitucional, abrange todos os direitos patrimoniais privados.

Ora, de um contrato, como aqueles que se referem no art. 1.º do diploma em causa, mesmo que não resultasse um direito de propriedade, o que resultaria sem dúvida seria um direito patrimonial privado.

O comprador ficaria, em qualquer caso, com um direito aos bens: mesmo que haja uma reserva de propriedade, a propriedade automaticamente se adquirirá, uma vez realizado o último ato de execução previsto.

Nos outros contratos, destinados a operar uma futura transferência de propriedade, também na generalidade dos casos haveria uma

expectativa real, quer dizer, uma situação que automaticamente, portanto, sem dependência de nova declaração de vontade, conduziria à aquisição do direito real de propriedade logo que verificado o último pressuposto que tivesse sido previsto. (50)

É evidente a existência, neste caso, de um direito patrimonial privado.

Mas a situação também não se alteraria se do contrato resultasse um simples direito de crédito: ainda haveria um direito adquirido, uma "propriedade" portanto, no sentido constitucional.

Temos, pois, que o art. 8.º 2 do Dec.-Lei n.º 1/71 viola a garantia constitucional da propriedade, quer haja, quer não, transferência de propriedade no sentido civilístico.

XIII

Essa privação viola também o princípio da igualdade dos encargos ou vantagens, compreendido no princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, porque estabelece diferenciações entre sujeitos em condições iguais

Dissemos inicialmente que, em correlação com a garantia do direito de propriedade, a disposição em análise ainda defronta as dificuldades derivadas do princípio constitucional da igualdade dos cidadãos perante a lei.

Incidentalmente, fomos até levados a fazer uma referência em que mostramos como a garantia constitucional da propriedade se encontra paredes meias com o princípio da igualdade: dissemos que a exigência de uma indenização, em contrapartida da expropriação, radica também no princípio da justa repartição dos encargos e vantagens, expressamente referido pela Constituição Política, no art. 5.º, como compreendido no princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei.

(50) Sobre a noção da expectativa real, cfr. as nossas *Relações Jurídicas Reais*, Lisboa, 1962, 246 e segs.

De fato, tem sido notado na doutrina como os problemas relacionados com a garantia constitucional da propriedade e a expropriação se ligam inseparavelmente a outros princípios constitucionais, e nomeadamente ao princípio da igualdade e ao princípio da igualdade de encargos, que deriva daquele. (51)

Assim é, efetivamente.

Mas, o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, dada a sua própria generalidade, é um princípio dificilmente maneável.

Representa necessariamente uma das traves mestras das ordens constitucionais modernas, mas exige uma elaboração complexa e uma grande finura do intérprete para permitir atingir conclusões produtivas.

Todavia, já alguns estudos muito valiosos, como o de GROTTANELLI DE SANTI, (52) permitiram concretizar e chegaram a algumas orientações precisas neste domínio.

O nosso trabalho está, todavia, facilitado por dois elementos: por um lado, pela investigação anterior; por outro, pela concretização da idéia geral de igualdade que nos é dada pelo direito constitucional português.

1) Pelo que respeita ao primeiro elemento, resultou das considerações expendidas até aqui que o preceito se aplica a situações concretas (porque já realizadas) de tal modo que, de entre dois sujeitos, um que transmitiu e outro que adquiriu, se prefere um a outro: um vai ser beneficiado e outro sacrificado.

Cria-se, entre os dois, um desigual tratamento por parte da lei.

Mas não se encontram naquela situação elementos objetivos que justifiquem esta diversidade.

(51) Cfr. SPANNER, ob. cit., 482, que refere ainda o princípio da liberdade da pessoa e a idéia fundamental do Estado de Direito.

(52) Ob. cit., 98 e segs.

Transmitente e adquirente são dois iguais perante a lei.

Não se compreende, pois, que um venha a ser sacrificado e outro beneficiado, caindo-se numa modalidade típica de tratamento desigual de casos semelhantes.

Aqui se diferencia profundamente esta situação das hipóteses normais de expropriação por utilidade pública.

Nestas, todos os titulares estão em igualdade de condições: todos estão sujeitos a verem os bens expropriados para serem afetos a uma função socialmente mais útil.

Concretamente, só algum ou alguns vêm a ser sacrificados, mas isso porque só em relação a algum ou alguns bens se concretiza aquela supremacia da nova afetação que fora abstratamente prevista por lei.

Aqui, há dois sujeitos em igualdade de condições, e tirar a um para atribuir a outro é negar a identidade de tratamento que devem receber por parte da lei.

2) Por outro lado, dissemos que nos textos constitucionais portugueses há concretizações que são muito significativas.

Efetivamente, o art. 5.º-§ 2.º (53) não só esclarece que a igualdade dos encargos ou vantagens dos cidadãos está compreendida na igualdade perante a lei, como ainda ressalva as categorias de diferenças admissíveis.

São estas as que forem impostas:

— Pela diversidade das circunstâncias

— Pela natureza das coisas.

São dois critérios de grande amplitude: tinha de ser assim, pois a igualdade perante a lei não significa uma igualdade matemática.

(53) § único na versão anterior.

Ela arranca as suas raízes da exigência do tratamento igual de casos semelhantes, pelo que, antes de mais, é necessário verificar se os casos que se têm em vista são realmente semelhantes.

Mas, sendo embora de grande amplitude, essas previsões hão de ser passíveis de uma descrição jurídica, pois seria inadmissível escurar-nos com a sua amplitude para esvaziar o conteúdo de uma regra fundamental, como é a da igualdade dos cidadãos perante a lei.

Procuraremos, pois, captar, em relação a cada uma, o seu verdadeiro sentido.

Começando pelo que respeita à **natureza das coisas**, é justificável relacionar esta previsão com uma orientação jusnaturalista, que é a própria da Constituição portuguesa.

Com razão se tem visto no art. 4.º da Constituição, e na sua referência à moral e ao **direito** como limites da soberania, o reconhecimento de um direito anterior e superior ao Estado, que seria justamente o Direito Natural.

Este estaria insito na natureza das coisas, o que significaria, pois, que haveria maneiras de ser sociais que se imponham ao próprio legislador.

Aliás, no mesmo § único do art. 5.º se contém uma referência à **natureza** como justificativa de diferenças de tratamento baseadas no sexo.

Isto significa que a ressalva da natureza das coisas abrange aquelas hipóteses de distinções essenciais entre os vários seres, fundadas no próprio direito natural e que a lei terá necessariamente de reconhecer.

Assim, devem considerar-se impostas pela natureza das coisas as diferenciações respeitantes ao serviço militar, que atingem os cidadãos fisicamente aptos e excluem os diminuídos físicos, ou aquelas que levam a conceder um tratamento privilegiado a certas camadas da população, como as crianças ou os velhos.

Já a referência à **diversidade das circunstâncias** se reporta, não a diferenças essenciais, mas a diferenças históricas ou sociais entre os cidadãos, que devem igualmente conduzir a uma diversidade de tratamento.

A situação é particularmente nítida em matéria fiscal.

Aparentemente, a igualdade dos cidadãos conduziria em linha reta aos impostos de capitação, quando na realidade a diversidade das circunstâncias implica que uma justiça substancial só seja servida por maneiras profundamente diferenciadas também.

Da mesma forma, a atribuição de prémios ou galardões especiais não pode deixar de ter em conta a diversidade de méritos que cada um revelou.

Ora bem.

Vemos que o preceito em discussão violou o princípio da igualdade perante a lei, na sua faceta de igualdade de encargos e vantagens, porque não encontra também apoio em nenhuma destas excepções que o próprio art. 5.º-§ 2.º refere.

Não há, evidentemente, entre comprador e vendedor nenhuma daquelas diferenças essenciais, impostas pela natureza, que justifique que um seja beneficiário e o outro prejudicado.

Tampouco a referência à diversidade das circunstâncias pode ser aqui de qualquer utilidade: estas compras e vendas situam-se no plano das relações entre iguais, regendo-as a justiça comutativa.

Nenhum motivo há para supor uma necessidade de protecção de quem vende em relação a quem compra lotes de ações, nem foi essa certamente a razão da lei.

Se, apesar disso, esta apóia a diferenciação profunda que consiste em retirar a propriedade a um e dá-la a outro, ofende também o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei e, portanto, é materialmente inconstitucional à luz deste art. 5.º.

XIV

No caso de o art. 8.º-2 ser uma disposição substancialmente individual, ela é ainda inconstitucional porque só pode ser imposto um sacrifício a um sujeito determinado na base de lei geral

Há, ainda, um último elemento, que está por assim dizer na progressão deste que acabamos imediatamente de referir e ao qual não parece ocioso fazer ainda uma menção.

Afirma-se na consulta que o decreto-lei é substancialmente individual, portanto, que pretende atingir um caso concreto.

Tomando como hipótese de trabalho esta qualificação, que conseqüências poderão resultar daí no plano constitucional?

Desde logo, deveríamos perguntar quais as conseqüências da atribuição do caráter individual a um texto legal.

Teríamos, nessa altura, uma lei em sentido formal, mas não uma lei em sentido material, para recorrer à classificação que é normalmente utilizada pela doutrina portuguesa.

Quer dizer, o diploma teria as formas do decreto-lei mas não conteria normas, logo, disposições gerais, portanto não seria uma lei em sentido material. (54)

O fato de uma lei só o ser em sentido formal pode trazer dificuldades, nomeadamente porque, quanto ao seu conteúdo, é antes um ato administrativo que um ato legislativo.

Isso pode ter conseqüências no respectivo regime, sem que por tal possamos todavia afirmar que o diploma é inconstitucional.

No caso concreto, porém, o fenômeno tem uma relevância muito particular.

(54) Cfr. as nossas referidas lições de *Introdução ao Estudo do Direito*, n.º 90. Trata-se de uma distinção assente entre nós. Cfr. por exemplo MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política*, n.ºs 111 e 112.

É que o caráter individual do preceito representaria um passo mais no sentido da violação do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei: haveria a pretensão de impor aqui um encargo excepcional a um sujeito determinado.

Já não haveria apenas uma escolha entre categorias de sujeitos iguais, compradores e vendedores, com a conseqüência de áqueles ser retirada uma propriedade que a estes é atribuída.

Haveria mais, haveria o assestamento do desfavor sobre um sujeito individualmente determinado de modo a impor-lhe esse sacrifício.

Isto não é admitido pela ordem constitucional portuguesa.

As intervenções individuais sobre a situação dos particulares devem processar-se na base de lei geral.

Nomeadamente, não pode a Administração, por força do princípio da legalidade, optar a seu talante pelas formas de intervenção que prefira; tem de observar os critérios estabelecidos na lei.

Um preceito substancialmente individual não é a lei geral que a Constituição postula.

Logo, haveria nova quebra do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, particularmente no que respeita à repartição dos encargos entre os cidadãos.

Supomos que é exatamente neste sentido que se tem excluído entre nós a possibilidade de existência de leis individuais.

Disse a este proposito FEZAS VITAL: "Parece que, se a lei deve ser igual para todos, porque se o não for não há igualdade de todos perante a lei, uma lei não pode nunca ser individual e concreta, porque em tal caso aplicar-se-ia só a certa e determinada pessoa, parecendo, assim, prejudicar o princípio da igualdade perante a lei."

É a consequência que da teoria da generalidade faz derivar, por exemplo, CARRÉ DE MALBERG". (55)

Acentua-se que o autor parte expressamente do princípio constitucional da igualdade dos cidadãos perante a lei.

Note-se que em todo este raciocínio tivemos em vista, apenas, o art. 8.º-2 do Dec.-Lei n.º 1/71.

Pode um determinado caso individual ter servido de **occasio legis** ao diploma em causa: nada há de incorreto se assim tiver acontecido.

Mas esse caso individual, em relação ao art. 8.º-2, não seria apenas a **occasio legis**, antes esgotaria substancialmente o seu próprio conteúdo.

Esta atuação em direção individual é que não é consentida à Administração, ainda por aplicação do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei.

Mas, afirma-se na consulta, o preceito é **substancialmente** individual.

Na verdade, ele é na aparência genérico, pois na sua formulação não refere um caso individual.

Pode acontecer até que, ao aplicar-se, se verifique que mais alguns casos caíam no seu âmbito.

Fará isso alterar a colocação do problema?

Não o faz, porque a proibição da fraude à lei abrange também a ação governativa.

(55) **Direito Constitucional**, lições publicadas por MENDES DE ALMEIDA e J. A. OLIVEIRA, Lisboa, 1936/37, 179.

Muito fácil seria se o legislador pudesse torpear a dificuldade de produzir leis individuais em violação da Constituição, desde que lhes desse uma roupagem genérica.

Por isso, as leis formalmente genéricas, mas substancialmente individuais, são para todos os efeitos leis individuais, sujeitas ao regime para elas estabelecido.

Nem caso destes caberá, pois, ao intérprete verificar se a formulação exterior da generalidade corresponde ou não à sua essência.

Nomeadamente, devem fazê-lo os tribunais, na sua função de fiscalizar a constitucionalidade material da lei. (56)

Se se provar que a generalidade é aparente, e que a formulação do preceito é apenas um disfarce para esconder a intenção de abranger um caso concreto, o intérprete deverá concluir que o preceito é substancialmente individual e tirar daí todas as consequências jurídicas que estiverem ligadas a essa individualidade.

XV

Caso não tivesse sido violada a garantia primária do direito de propriedade, teria sido violada a garantia subsidiária do direito à justa indenização em caso de privação de um direito patrimonial

Para terminar, vamos abstrair de quanto dissemos sobre o efeito primário da garantia da propriedade privada na sua aplicação ao caso concreto.

(56) Efetivamente, o tribunal não pode deixar de verificar se as limitações constitucionalmente estabelecidas foram ou não respeitadas, mesmo que isso lhe imponha a apreciação de conceitos muito latos. Assim, nota por exemplo SPANNER, ob. cit., 477-9, que o tribunal pode controlar se uma determinada intervenção se fez ou não no interesse público, porque interesse público é também um conceito jurídico. Isto não significa que o tribunal se substitua aos órgãos governativos na apreciação da oportunidade, que só a eles cabe.

Vamos supor que seria legítima, face à Constituição, a privação da propriedade em detrimento de quem a adquirira; ou, o que é o mesmo, suponhamos que a retrotransmissão da propriedade, que resultasse do Dec.-Lei n.º 1/71, era realmente justificada pelo princípio da função social.

Nesse caso, o Dec.-Lei n.º 1/71 mereceria ainda alguma observação no que respeita à sua constitucionalidade?

Vejamos.

Haveria então que contar com o efeito subsidiariamente resultante da garantia constitucional da propriedade: o sacrifício da titularidade privada deveria ter contrapartida em justa indenização.

Vimos já com que ênfase esta regra é imposta numa ordem jurídica fortemente protecionista da propriedade privada, como a nossa.

Vimos também que ela tem a sustentá-la simultaneamente vários princípios constitucionais, como o próprio princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei.

Aliás, havia que contar ainda com a garantia constante do art. 8.º-17.º da Constituição Política: "o direito de reparação de toda a lesão efetiva, conforme dispuser a lei".

Resultou suficientemente de quanto dissemos atrás que derivam do preceito em causa lesões efetivas; estas em caso nenhum podem ser tão nítidas como quando alguém adquiriu um direito e é radicalmente privado dele.

Ainda que as lesões fossem lícitas, nem por isso se dispensaria uma indenização.

Mais uma vez observamos que é próprio das declarações constitucionais de direitos que a remissão para a lei signifique que cabe à lei ordinária dar forma ao princípio, mas de modo nenhum que esta possa pôr em causa o núcleo fundamental da garantia consagrada.

Ora bem, encarando por este prisma o Dec.-Lei n.º 1/71, mesmo não teríamos de duvidar da sua constitucionalidade, porque nele não se encontra nada que, com um mínimo de verossimilhança, se possa parecer com a justa indenização que a Constituição exige.

A consequência geral da falta de consentimento para os contratos em causa é a prevista no art. 6.º-1 do diploma em análise: são definitivamente ineficazes os contratos celebrados antes desse consentimento, tanto em relação às partes como em relação a terceiros, incluindo a sociedade.

Não se teve, portanto, minimamente em conta a indenização de quem fosse privado do seu direito.

A restituição das partes à situação anterior tem finalidades muito diversas das da indenização, e não custa adivinhar que, aplicada a este caso, fique longe, muito longe mesmo, de satisfazer as exigências de uma justa indenização.

Eis, portanto, um outro aspecto, segundo o qual o Dec.-Lei n.º 1/71, mesmo que escapasse à primeira ordem de críticas que lhe dirigimos, ficaria sujeito à censura dos tribunais por ofender materialmente a Constituição

XVI

C O N C L U S Õ E S

Resta-nos sintetizar as conclusões que se foram apurando ao longo desta nossa investigação.

É simples fazê-lo: basta serarmos as várias teses parcelares que se nos foram sucessivamente revelando.

Temos assim que:

- 1.º O art. 8.º-2 do Dec.-Lei n.º 1/71 contém uma disposição retroativa;
- 2.º A Constituição Política Portuguesa não exclui nem permite genericamente a atuação retroativa das leis;

- 3.º Há uma exclusão constitucional expressa da retroatividade extrema, que é aquela que ofende o caso julgado;
- 4.º Há uma exclusão constitucional expressa da retroatividade das normas incriminadoras;
- 5.º Para além disso, se o legislador ordinário não pode violar a Constituição mediante leis não retroativas, ainda menos o poderá fazer mediante leis retroativas;
- 6.º No quadro das garantias constitucionais, a propriedade ocupa, entre nós, uma posição privilegiada;
- 7.º A garantia constitucional da propriedade abrange todos os direitos patrimoniais;
- 8.º O direito de propriedade é limitado pela função social, constitucionalmente atribuída a este direito; por exigência desta, pode, inclusivamente, chegar-se ao sacrifício da titularidade privada;
- 9.º A privação desta titularidade só é admissível para a afetação direta dos bens ao desempenho de uma função social mais relevante que a preenchida por eles atualmente;
- 10.º Estes princípios foram expressamente consagrados no art. 49.º — § único da Constituição, que ressalva os próprios direitos adquiridos sobre bens do domínio público;
- 11.º Conseqüentemente, o princípio da proteção do direito adquirido impede, quer violações por via direta, quer violações por via retroativa da propriedade privada;
- 12.º A privação, com fundamento no art. 8.º-2 do Dec.-Lei n.º 1/71, de direitos patrimoniais adquiridos viola a garantia constitucional da propriedade, tenha ou não havido transmissão da propriedade no sentido civilístico da expressão;

- 13.º Essa privação viola também o princípio da igualdade dos encargos ou vantagens, compreendido no princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, porque estabelece diferenciações entre sujeitos em condições iguais;
- 14.º No caso de o art. 8.º-2 ser uma disposição substancialmente individual, ela é, ainda, inconstitucional, porque só pode ser imposto um sacrifício a um sujeito determinado na base da lei geral;
- 15.º Caso não tivesse sido violada a garantia primária do direito de propriedade, teria sido violada a garantia subsidiária do direito à justa indenização em caso da privação de um direito patrimonial.