

DIREITO ADQUIRIDO E RETROATIVIDADE DE LEI

Por J. M. OTHON SIDOU*

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.—2. AS DEFINIÇÕES.—3. TEORIA DA ESPERANÇA.—4. TEORIA DOS DIREITOS ADQUIRIDOS.—5. TEORIA DO FATO AQUISITIVO.—6. REAÇÃO À DOUTRINA CLÁSSICA.—7. TEORIA DO INTERESSE.—8. TEORIA DA EXISTÊNCIA.—9. TEORIA DOS FATOS CUMPRIDOS.—10. TEORIA DA VONTADE.—11. TEORIA DA SITUAÇÃO JURÍDICA.—12. A CONCEPÇÃO DO CONFLITO DE LEIS NO SISTEMA BRASILEIRO.—13. CONSIDERAÇÕES FINAIS.—14. BIBLIOGRAFIA.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1. Posto que a Constituição do Império (1824) e a primeira da República (1891) deixassem a marca expressa da irretroatividade da lei, e as sucessivas (1934, 1946, 1967, 1988) tratem do direito adquirido, não mais mencionando a lei irretroativa, nelas todas está implícita uma ou outra dessas figuras jurídicas supostamente omissa. E assim, porque qualquer desses preceitos —direito adquirido e irretroatividade de lei— uma vez presente no texto constitucional, envolve o outro. O indivíduo só se sente atingido em seu direito já consolidado, a partir de lei nova que o destrua ou modifique. Uma vez que não incida contra o direito estante, a lei é inócua e tanto faz ser irretroativa —vigor *ex nunc*— ou retroativa —vigor *ex tunc*.

Eis porque, tendo ingressado explicitamente na legislação brasileira por meio da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1916, o direito adquirido

* Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Antigo Professor nos Cursos de Pós-Graduação da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Presidente da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

nunca deixou de ser instituto de direito constitucional implícito, até a sua explicitação na Carta política de 1934. Ademais, porque, sendo direito constitucional, não se restringe a ser peculiar ou privilégio de determinado campo jurídico. «É pleno império de lei», toda lei, e assim já o expressa Lassale, seguido de perto por Gabba.

Pela mesma ordem de raciocínio, tendo deixado de incluir taxativa declaração de inconstitucionalidade da lei, a Constituição o consagra implicitamente: se a lei nova investe contra dispositivo constitucional, inconstitucional é, porque atinge o art. 59 (XL) da Carta política, que preserva o direito adquirido.

A dúvida reponta de quando se faz preciso situar o momento em que a aquisição do direito se efetiva, visto como, entre o antes e o depois da consolidação do direito, há uma zona cinzenta, que é de mister considerar.

Antes, porém, vale observar que, recitando a Constituição, no dispositivo citado, que «a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu», ela deixou às claras que, no direito pátrio, a lei pode ser retroativa, desde que não contravenha «o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada», preceituado no item XXVI do mesmo artigo assegurado de direitos e garantias.

Em sumária mirada no direito comparado, observa-se que, das Constituições européias do século XIX, apenas a da Noruega, de 1814, estatui no art. 97 que «nenhuma lei poderá ter efeito retroativo»; e, do século XX, somente a Constituição Espanhola de 1978, assenta em seu art. 83 que «as leis de base não poderão (letra *b*) ditar normas de caráter retroativo».

Ao diverso desse aparente mutismo constitucional europeu, as Cartas políticas do Continente americano dão letra expressa ao proibitivo da retroação legal. Mas, tal como as da Europa, não se fixam no direito adquirido, sem embargo um preceito universal, previsto noutra escaninha de seu naipe legislativo.

Todavia, a mais recente (1999), a da Venezuela, consagra, no art. 24, que «nenhuma disposição legislativa terá efeito retroativo, exceto quando imponha pena menor», o que leva ao entendimento de que, do mesmo modo como a brasileira, a lei venezuelana pode ser retroativa,

Nesse ponto, o sistema argentino é sobremaneira explícito. Cita o art. 4044, vigente, do Código Civil: «A lei nova deve ser aplicada aos fatos anteriores, quando só privem os particulares de direitos que sejam direitos em mera expectativa; porém não pode aplicar-se aos fatos anteriores quando destruam ou mudem direitos adquiridos».

Por sua peculiaridade, vale registrar o que dispõe a Constituição do Panamá, de 1946: assenta seu art. 44 que «as leis não têm efeito retroativo, exceto as de ordem pública ou de interesse social». É uma tese que venho repetindo há muito e que equivale a dizer: não há direito adquirido em direito público.

Achegam-se a essa sentença, que reconheço polêmica, nossos preceitos constitucionais relativos à função social da propriedade e à desapropriação por utilidade pública (art. 50, ítems XVIII e seguinte), «mediante justa indenização em dinheiro». Ora, nem sempre a indenização, mesmo fixada sob a égide judiciária, como manda a lei, atende à vontade de desfazer-se alguém do que é seu por direito adquirido. Por outro aspecto, nos colapsos de nossa democracia intermitente, em que o Congresso Nacional, as Assembléias estaduais e/ou as Câmaras Municipais foram fechadas pelo regime de arbítrio, os detentores do mandato legislativo conferido pelo povo e para duração certa, não tiveram, nem deveriam ter tido, reinvestimento na função pelo tempo restante de seu mandato, nem compensação financeira pela perda. Em qualquer desses casos o direito adquirido aparentemente existe, porque único é o princípio em que assenta. O diferenciador está em que, em face do interesse social, ele não pode prevalecer.

Um caso concreto é mais ilustrativo nesta matéria. Ao ser editada em 1965, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação limitou a uma só vez a recondução administrativa dos reitores de Universidades públicas e diretores de suas unidades. Alguns interessados passaram a argumentar que recondução só seria considerada a partir do advento daquele estatuto, empregando o fundamento da irretroatividade da lei; nesse caso, raciocinavam, poderiam os titulares em exercício ser reconduzidos mais uma vez. Entretanto, assim não entendeu a Consultoria Geral da República, que opinou por ser o preceito abrangente dos períodos anteriores, sendo portanto defesa a recondução daqueles já anteriormente reconduzidos. Solução correta, por qualquer dos ângulos que se possa optar para a resolução da dúvida: a teoria clássica do direito adquirido ou a que faz imune no campo do direito público. A teoria clássica dá como um dos pressupostos a patrimonialidade do fato aquisitivo, e, como óbvio, no caso em tela, a função pública, mesmo remunerada (aqui não se trata de salário) não acresce o patrimônio de ninguém.

Por outro ângulo, se afastada a teoria clássica estamos às escâncaras, em face de matéria de direito público, que não tem por que render vassalagem ao direito adquirido.

2. Antes de nos adentrar nas figuras jurídicas em exame, é tempo de fixar suas características.

Retroatividade é a condição em que a lei gera efeitos sobre situações jurídicas constituídas antes de sua entrada em vigor. A sua vez, direito adquirido é o resultante de um fato idôneo para produzi-lo, em virtude de uma lei existente ao tempo em que se produziu, e que passa a ser exercido, tornando-se parte integrante do patrimônio de quem o adquiriu.

Desdobrando-se essa definição, em face do conceito clássico, temos que, para que o direito adquirido prevaleça em face de lei nova, são requisitos:

- a) um fato idôneo;
- b) o efetivo exercício desse fato pelo titular do direito;
- c) a existência de lei adequada ao tempo em que o fato se produziu;
- d) a conseqüente integração desse fato no patrimônio do titular.

No efetivo exercício, enquista-se um problema, irrelevado pela teoria clássica, gerando a dificuldade de saber com precisão quando se opera a aquisição do direito.

Entre a expectativa de direito e o direito adquirido não é difícil surgir terceira figura — a faculdade de direito, que se pode definir como a condição em que o indivíduo se acha entre um fato, cuja transformação de situação jurídica abstrata em situação jurídica concreta, depende unicamente de sua vontade. Dai ser fácil deduzir que a faculdade propende mais para a aquisição plena do que para a simples expectativa de direito.

Tomemos dois exemplos. O servidor público que, habilitado à aposentadoria remunerada por tempo de serviço, adia a função do benefício e permanece no cargo; o herdeiro dentro no prazo estabelecido para adir a herança, não estão na expectativa de um direito, porque esse direito eles já detêm, e cujo desfrute depende apenas de sua vontade. O fato existindo, mesmo sem efetivação, e existente o direito abstrato, para dar-lhe idoneidade, não pode a lei nova sobre ele prevalecer. Não é, portanto, o efetivo exercício do fato pelo titular que configura o direito adquirido, e ao tema voltaremos, ao expor a reação à doutrina clássica.

Mencione-se, em tempo, serem espécies mais significativas do direito adquirido o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Não são figuras distintas, porém justapostas, tão somente para efeito expletivo. São espécies de que gênero é o direito adquirido. Assim, só como reforço, repetimos, aparecem na Lei de Introdução (art. 6º) e, como sestro brasileiro, foram, em aparente sinonímia, elevadas a cânone constitucional a partir da Carta de 1934, menos o estatuto ditatorial de 1937, de todo omissa na matéria.

Vê-se, pois, que parecidamente simples os conceitos atrás expressados, tão simples não são, o que dá ensejo a um rór de conceituações outras, conduzindo a elevado número de teorias. É o que vamos examinar.

2. AS DEFINIÇÕES

3. Vejamos as explicações oferecidas pelos mais reputados mestres do direito, sem o cuidado de dar-lhes precedência, em função de quando as emitiram.

O pioneiro Chabot de l'Aillier entende por direitos adquiridos os que estavam irrevogavelmente conferidos e definitivamente obtidos antes do

fato, do ato ou da lei que se lhes pode opor para impedir o pleno e inteiro gozo de tais direitos.

Para Duvergier, direitos adquiridos são os que podem exercer-se atualmente e aos quais o poder público deve proteção, tanto para defendê-los dos ataques de terceiros, como para assegurar suas conseqüências contra eles.

Merlin define-os como aqueles que entraram em nosso domínio, do mesmo fazem parte e não nos pode mais tirar aquele de quem os tenhamos havido.

São direitos adquiridos, para Baudry-Lacantinerie, as faculdades legais regularmente exercidas em contraposição a expectativas, ou interesses, os quais ainda o não foram no momento de troca da legislação a que sobrevivem.

O belga J.D. Meyer tem-nos por aqueles direitos que uma pessoa civilmente existente possuía de modo irrevogável, quer de modo direto, quer a termo, ou sob uma condição qualquer, até mesmo incerta, suspensiva ou resolutiva.

Chamam-se adquiridos, segundo Borst, os direitos que ao respectivo titular conferem uma pretensão ou prerrogativa consoante a qualquer objeto de relações jurídicas (coisa ou prestação), de tal maneira que não mais lhe pode ser tirado sem o seu consentimento.

O juriconsulto Gabba denomina adquirido o direito que seja conseqüência de um fato idôneo para produzi-lo, em virtude de uma lei vigente ao tempo no qual tal fato se produziu, embora a ocasião de fazê-lo valer não se houvesse propiciado antes da promulgação de uma nova lei concernente a ele, e que, ao termo da lei sob cujo império se produziu, entrou a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.

Para Clóvis Bevilacqua, direito adquirido é um bem jurídico criado por um fato capaz de produzi-lo segundo as prescrições da lei então vigente, e que, de acordo com os preceitos da mesma lei, entrou para o patrimônio do titular.

Carlos Maximiliano chama adquirido ao direito que se constituiu regular e definitivamente e a cujo respeito se completaram os requisitos legais e de fato para se integrar no patrimônio do respectivo titular, quer tenha sido feito valer quer não, antes de advir norma posterior em contrário. Para o juriconsulto compatriótico, não basta a concreção para que o direito seja adquirido, nem que a aquisição resulte de um fato idôneo; é necessário, também, que se haja tornado elemento ou parte do patrimônio pessoal do respectivo titular. E explica: é qualidade intrínseca do direito adquirido proporcionar utilidade ao seu titular; constituir prerrogativa privada, contendo vantagem particular e tornando-se um elemento da personalidade do indivíduo.

4. Para os jusnaturalistas, a irretroatividade seria uma regra de direito natural, que, por assim ser, escaparia à vontade do legislador e dos indivíduos que entre si pactuam. Mas a retroatividade pode também ser regra de direito natural.

O preceito disposto no art. 2º do Código Civil francês —«a lei não dispõe que para o futuro; não tem efeito retroativo»— é abeberada na mesma fonte do direito natural que inspirou as leis retroativas da primeira fase da Revolução de 1789. E nisto nada há de curioso, porque o Código Civil mirou apenas os direitos adquiridos (*iura quaesita*), enquanto as leis retroativas que, de perto, o antecederam, se inspiraram também no direito natural (*iura connata*), retratado na Liberdade e Igualdade.

3. TEORIA DA ESPERANÇA

5. A primeira teoria que refugiu à concepção da irretroatividade enlaçada ao direito natural e sustentada por Christiano Wolff, em meados do século XVIII, foi ensaiada por Blondeau, no estudo *De l'effet rétroactif des lois*, divulgado em 1809.

O jurisconsulto gaulês faz repousar na noção de esperança, não do *interesse*, toda a problemática resultante do conflito temporal das leis. Blondeau parte do raciocínio de que toda vez que uma lei nova se torna pública, faz nascerem esperanças, do mesmo modo como ocorrera com a lei substituída. O conflito se estabelece, necessariamente, entre as esperanças resultantes da lei nova, que podem sepultar as esperanças resultantes da lei antiga, e se teoricamente desejassemos eliminá-lo, isto só seria conseguido aplicando as leis novas apenas aos indivíduos nascidos depois de seu advento.

Disto resulta a equação proposta: «Se o mal advindo da destruição das antigas esperanças é menor que o de conservá-las, mantendo a aplicação da lei antiga, não há dúvida quanto a que se faz preciso pôr em imediata execução os preceitos novos; se, ao contrário, há esperanças que se não podem destruir sem graves conseqüências, não há dúvida quanto a que se deve respeitá-las».

Observa-se que, na doutrina exposta, aglutinam-se, no exclusivo valer das esperanças, não só direitos já cristalizados pela lei sob cujo império foram constituídos, mas também as expectativas que insensivelmente se converterão em direitos concretos e que são nitidamente separados na teoria clássica.

4. TEORIA CLÁSSICA DOS DIREITOS ADQUIRIDOS

6. A doutrina clássica, dos direitos adquiridos, não cria, senão retoma, ou refaz, com desejável caráter científico, a teoria dos antigos jusnaturalistas, por sua vez inspirada nos canonistas medievais.

Com seu livro *Questions transitoires sur le Code Civil*, aparecido em 1829, Chabot de l'Aillier pode apontar-se como o primeiro expositor da doutrina dos «direitos adquiridos», sem embargo de que a locução foi empregada incidentalmente por Portallis, o chanceler teórico do Código Napoleão.

É na obra de Chabot que reponta a distinção entre direitos adquiridos —repetimos: os que estão irrevogavelmente conferidos e definitivamente obtidos antes do fato, do ato ou da lei que se lhes quer antepor para impedir seu pleno desfrute— e as simples expectativas de direitos, as que dependem de fatos, atos ou leis correlatos para que se possam desfrutar.

A lei que esbarra em direitos sob mera expectativa e que ainda não se consideram adquiridos, pode neles interferir para regê-los à vontade, partindo do princípio de que a lei tem caráter geral sobre tudo quanto não está definitivamente constituído antes de sua edição.

7. O fulcro da teoria da irretroatividade da lei, na doutrina de Chabot, está em tornar indene o direito adquirido e, ao oposto, considerar vulnerável a expectativa de direito, o que resulta afirmar que os conceitos antinômicos —retroatividade, irretroatividade— só prevalecem quando se esteja em face de um direito adquirido ou de uma simples expectativa de direito. Faltando um desses dois elementos, não há falar em retroatividade, visto como a lei, uma vez promulgada, alcança todas as situações subordinadas a seu campo aplicativo, independentemente de presente, futuro ou passado.

8. Porfiando no aprimoramento do caráter científico da doutrina dos direitos adquiridos, Merlin, ao dissertar sobre o efeito retroativo da lei, centra suas observações na Constituição do ano 440, de Teodósio e Valentiniano (C., 1.14.7), quanto a que as leis se estabelecem para os casos futuros e não para os passados, a menos que expressamente digam que seus preceitos são extensivos aos fatos passados e aos pendentes.

Procurando explicar o que se deve entender por passado com respeito à lei, o juriconsulto belga raciocina que se não pode considerar como passado senão o que já não está pendente, e daí tira a ilação de que tudo quanto ainda está pendente se encontra sob o império da lei nova, enquanto o que já não está pendente queda fora de seu âmbito.

Lei retroativa, para Merlin, é a que viola o passado, lesando direitos adquiridos pelos particulares sob o pálio da lei anterior, e aqui resulta que só se pode falar em lei retroativa se houver lesão a essa espécie de direito.

9. Os teóricos franceses do século XIX, de um modo geral, se incorporaram à doutrina dos direitos adquiridos; assim, Mailher de Chassat, Duvergier, Aubry, Rau, Baudry-Lacantinerie, Housques Fourcade, que a fizeram doutrina clássica.

Na mesma orientação de Chabot, seu compatriota Chassat, doutrina com base na distinção entre direitos adquiridos, ora resultantes da lei, ora das estipulações particulares, partindo do princípio de que, enquanto os direitos adquiridos resultantes da lei nascem do interesse coletivo e devem sua existência à própria lei, os direitos adquiridos resultantes das estipulações nascem de interesses privados, que nada têm de comum com as faculdades diretamente conferidas pela lei. Exemplifica como direito adquirido resultante da própria lei a situação do herdeiro na sucessão intestada, cujo causador morreu na vigência da lei antiga. Em face do direito adquirido resultante das estipulações privadas, Chassat distingue os fatos e as consequências, para reconhecer a irretroatividade do preceito novo quanto aos fatos realizados, e a possibilidade de retroatividade quanto às expectativas, ou direitos pendentes.

10. Duvergier, depois de confrontar direitos adquiridos e expectativas de direito —que para ele outra coisa não são que germes do direito—, aponta a regra para aplicação da lei nova perante uns e outras, a saber: a lei nova não deve arrebatá-lo o direito que se tinha adquirido quando ela surgiu; porém, nem sempre deixa de ter influência sobre aquilo que, no mesmo tempo, não é senão mera expectativa.

11. Em sua obra clássica, Aubry et Rau restringem a regra da irretroatividade aos direitos adquiridos relacionados com o estado da pessoa e com o seu patrimônio, e, também como Chabot, distinguem as relações derivadas da lei e as resultantes de atos de vontade individual.

As qualidades constitutivas de estado da pessoa cristalizam direitos adquiridos desde o instante da realização do fato. Por exemplo: a lei nova que eleve a capacidade civil do indivíduo para 21 anos não pode prevalecer sobre quem completou 18 anos na vigência da lei anterior e por ela era considerado maior. Em contraposição, as vantagens que a lei oferece configuram apenas expectativas enquanto o evento ou o fato ao qual a aquisição do direito se subordina não se houver realizado. No mesmo exemplo, o indivíduo que tinha menos de 18 anos à época em que a lei nova foi editada, somente aos 21 anos adquirirá a plena capacidade civil.

Outro exemplo, sobremodo elucidativo para distinguir direito adquirido e expectativa de direito, encontramos no instituto da prescrição. Enquanto não consumada pelo decurso do tempo estabelecido, a prescrição enseja apenas expectativa de direito, e a lei nova pode interferir em seus potenciais efeitos, encurtando ou ampliando prazos. Consumada que seja, a prescrição constitui direito adquirido, e a lei nova não pode interferir nas situações jurídicas criadas.

Sempre esteados no fato cumprido, Aubry et Rau contemplam as vantagens legais que se não consumam unico momento, porém cujo exercício é sucessivo, e não podem ser considerados como direito adquirido com respeito ao cumprimento dos atos futuros conquanto o sejam em relação aos fatos passados.

Quanto aos direitos relacionados com o patrimônio e que nascem da vontade do indivíduo, assim os emanados dos contratos, eles reputam-nos adquiridos, uma vez que, contraídos em benefício de uma pessoa, são imodificáveis pela só vontade daquele que os contraiu. Na compra e venda pura, ou sem condição, a coisa se integra no patrimônio do comprador e não pode volver ao vendedor por sua vontade, desde que cumprida por aquele sua parte no contrato.

12. O consagrado mestre de Bordeaux, Baudry-Lacantinerie, em parceria com Housques Fourcade, escreveu o *Traité théorique et pratique de droit civil*, no qual preleciona que o direito não é adquirido senão quando empregamos faculdade ou atitude para a sua utilização, a partir de que a lei nos dá a liberdade de usar ou não usar tais atitudes ou faculdades, sob modos determinados. É o exercício dessa faculdade legal, exteriorizado em ato para a sua realização, que constitui um direito adquirido; noutras palavras, só pelo exercício da faculdade é gerado um direito adquirido, e, conseqüentemente, enquanto tal faculdade não é exercida, teremos apenas uma expectativa de direito.

Entendemos ser apoucado o raciocínio de somente vincular o direito adquirido, quando caracterizada a faculdade de direito, à exteriorização do ato pelo titular. Nessa zona cinzenta, repetimos, mediada pela faculdade —aquisição de direito e expectativa— afastamos essa para fazer prevalecer aquela. Voltamos a argumentar com o art. 1.808 do novo Código Civil. O prazo para adir a herança, acaso encurtado por lei posterior à abertura da sucessão, a partir de quando passa a caracterizar-se a faculdade de direito, não significa a automática aceitação pelo herdeiro que não manifestou a recusa nos limites da lei nova. Somente forçado raciocínio leva à conclusão de que inexistente, consolidado, um direito adquirido, unicamente subordinado à vontade do titular. Note-se que a herança nem sempre é benéfica ao herdeiro; daí a renúncia ser um direito seu, tanto para aceitar quanto para recusar.

13. Fora da França, e no século XIX, a doutrina clássica dos direitos adquiridos é enfileirada pelo jurista holandês J.D. Meyer. Em sua obra *Principes sur les questions transitoires*, vinda a lume em 1858, ele assenta taxativamente que os direitos que a pessoa possui de maneira irrevogável —e são todos os havidos de maneira legítima—, sejam permanentes, sejam a termo, ou sob condição, suspensiva ou resolutive, que revestem o caráter de adquiridos, devem ser regulados pela lei antiga.

5. TEORIA DO FATO AQUISITIVO

14. A Itália propiciou-nos um portentoso mestre nesta matéria com C. F. Gabba, professor na Universidade de Piza, cuja obra, *Teoria della retroattività delle leggi*, foi vulgarizada no último quartel do século XIX. A teoria básica de Gabba assenta em que o direito adquirido supõe a execução de um fato e a existência de uma lei que o autorize. Dai a já apontada distinção entre direito adquirido e fato aquisitivo. Este é um elemento integrante daquele e decorre da situação em que todo indivíduo se encontra por motivo de ser indivíduo, donde o corolário de que o respeito aos direitos adquiridos é, em substância, o respeito individual, tanto quanto o indivíduo atue conforme as leis para obter direitos.

Uma vez que o fato seja cumprido; seu cumprimento se haja dado em tempo idôneo; seja realizado com observância das formalidades legais, e o agente haja sido capaz de efetuar-lo, produz-se a aquisição de um direito.

O fato entende-se por cumprido tanto quanto o foi num só momento; em tempo idôneo, por sua contemporaneidade com a atuação da lei que gerou o direito; obediente a formalidades legais, quando são, do mesmo modo, cumpridas as formas prescritas pela lei sua contemporânea; e produzido por agente capaz, ainda do mesmo modo, quando é obediente à capacidade do sujeito adquirente ou transmitente do direito.

Temos aí um fato aquisitivo completo, ou simples, que, por sua própria simplicidade, não engendra maior dúvida e dispensa esclarecimento.

O mesmo não acontece quando o fato aquisitivo é de natureza complexa, por motivo de se desmembrar no tempo, ou não ser unico momento *consummantur*.

Para as especulações sugeridas por essa espécie de fatos aquisitivos, em forma de efeito e conseqüências, acorre Gabba com o seu subsídio, consistente em investigar se o direito acessório do fato complexo, ou seja, o que se não realizou na sua plenitude, é o verdadeiro efeito do direito principal, ou se, ao contrário, esse direito principal é continuativo, sem acessório, mais precisamente, se é reciprocamente causa e efeito.

Como conseqüência desse raciocínio, Gabba propõe a seguinte fórmula para solucionar a colisão de direitos adquiridos com respeito aos direitos

de terceiros: «La collisione di successivi diritti quesiti, distinti e separati, rispetto ad un medesimo oggetto, viene regolata rispetto a ciascuno di essi dalla legge vigente in proposito allorquando il diritto anteriore è stato acquistato». «A colisão de sucessivos direitos adquiridos, distintos e separados, com relação a um mesmo objeto, vem a ser regulada, a respeito de cada um deles, pelas leis vigentes quando o direito anterior foi adquirido».

6. REAÇÃO À DOUTRINA CLÁSSICA

15. As reações à doutrina clássica tanto derivam da própria definição de direitos adquiridos, tida por vaga e imprecisa, quanto da dicotomia em que assenta —direitos adquiridos, expectativas de direito— cientificamente falsa para uns, perigosa e inútil para outros mais radicais.

Ainda no primeiro quartel do século XIX, juristas alemães ofereceram argumentos quanto a que o radicalismo em antepor direitos adquiridos e expectativas de direito, no sentido de permitir que a lei retroaja em função de categorias de direitos, contraria a razão e o interesse geral.

Weber, A.D., o autor da apóstrofe «perigosa e inútil» à doutrina clássica —citado por Roubier—, parte do critério de que ninguém tem o direito de exigir seja a lei mantida depois de ter-se considerado oportuna sua derrogação. A assim suceder, raciocina, não se poderia derogar nenhum texto legal, porque, sob o pálio do respeito ao direito adquirido, poderia chegar-se a manter instituições jurídicas anacrônicas, quando não infensas à razão e ao interesse geral.

Se bem que não seja defensável entender que a lei nova possa alcançar os efeitos jurídicos já produzidos por atos anteriores, porque isto importaria numa retroatividade condenável —diz Weber—, nada de censurável há nem ilegítimo que a lei nova regule para o futuro os efeitos de atos jurídicos pretéritos.

Outro doutrinador tedesco, Bergman, também citado por Paul Roubier, sustenta que tudo quanto se passa hoje, deve ser julgado pelas leis atuais; assim, as leis novas devem ter imediato efeito, e a retroatividade só consiste em antedatar a lei.

16. É bem verdade que a posição dos juristas germânicos se deixa impregnar da forte reação, à época, contra o direito francês imposto por Napoleão e que persistia a influenciar, mesmo após o declínio do grande curso.

Mas na própria França manifestou-se reação à teoria clássica, que é genuinamente gaulesa, e isto ocorreu a partir da fase final do século XIX.

Vareilles-Sommières, em escrito monográfico para a *Revue de Législation et Jurisprudence*, de Paris, 1893, reputa falsa a distinção entre direitos

adquiridos e simples expectativas, por ser absolutamente impossível definir e precisar uns e outras, sem deixar fora de definição numerosas situações que constituem direitos adquiridos ou meras expectativas. E se é impossível separar numa definição duas categorias de coisas —raciocina— é porque elas não oferecem caracteres distintos, donde a classificação daí resultante ser artificial e viciosa.

Partindo de que a expressão «direito adquirido» é o opositivo de «direito inato», o jurista francês oferece um exemplo sumamente significativo com um só instituto jurídico, a propriedade. O direito de adquirir a propriedade é um direito inato; mas, o direito de propriedade é um direito adquirido.

Antagonizando direito adquirido e mera expectativa, joga ele com as próprias definições vulgarizadas de ambas as expressões. Direitos adquiridos são aqueles cujo exercício depende apenas de nossa vontade; e expectativa, os direitos cujo exercício depende não apenas de nossa, mas também da vontade de terceiros. Vem daí que o direito de sufrágio é direito adquirido, porque seu exercício depende de nossa vontade, e assim uma lei que o modificasse seria retroativa no sentido afrontoso, o que, por consenso geral, assim não é.

Direitos adquiridos são os que passaram a integrar o nosso patrimônio —eis outra definição. Ora, argúi o jurista francês, o direito à nacionalidade é direito adquirido, todavia não está nem pode estar integrado em nosso patrimônio.

E deste modo Vareilles-Sommières cinge seu raciocínio: se nossas faculdades ou direitos não exercidos não são direitos adquiridos, não há qualquer de nossos direitos atuais que tenha o caráter de direito adquirido.

Outro mestre francês do maior prestígio e de mais difundido nome, Planiol, deu a lume sua obra clássica, *Traité élémentaire de droit civil*, em 1899, na qual critica a doutrina que distingue direitos adquiridos e simples expectativas, e, na mesma linha de pensamento do escritor precitado, a quem expressamente refere, diz que essa doutrina é «absolument fausse au point de vue scientifique».

7. TEORIA DO INTERESSE

17. Para enlear ainda mais a equívocação dos dois elementos que formam a teoria clássica da irretroatividade, outras doutrinas têm sido desenvolvidas.

Na Bélgica, Laurent, também no último quartel do século XIX, procurou desenvolver a teoria do interesse. Segundo seu ponto de vista: a partir de que a lei pode ser retroativa ao arbítrio do legislador e com miras ape-

nas no interesse geral da sociedade, quando esse legislador defronta um Interesse invocado pelos particulares, pode fazer que tal interesse individual ceda ante o interesse geral; mas quando defronta um direito, deve respeitá-lo. E para exemplificar a dicotomia proposta, lembra as leis políticas, que regem os interesses sem criar direitos.

A conclusão proposta pelo mestre de Gand é que «uma lei nova não pode, em princípio, atentar contra um direito, porém pode destruir ou prejudicar um interesse».

A teoria de Laurent, sufragada na França por Théophile Huc em seu *Commentaire* sobre o Código Civil (1892), é rebatida por Planiol, para quem essa distinção, desprovida de qualquer valor científico (porque o direito não é senão um interesse reconhecido pela lei), conduz a obscuridades maiores ainda que aquelas da doutrina comum.

8. TEORIA DA EXISTÊNCIA

18. Por mero sestro de classificar, podemos definir neste rol a teoria de Savigny como da existência. Para disciplinar os problemas resultantes da retroatividade, o mestre de Berlim distingue a aquisição dos direitos e a existência dos direitos. As leis concernentes à aquisição de direitos dizem com a relação que se estabelece entre o direito e a pessoa, isto é, a transformação de um direito abstrato numa relação jurídica pessoal; enquanto as leis atinentes à existência de direitos estão condicionadas ao direito em si, ou em abstração, sem vínculo com a pessoa.

No exemplo acima exposto sobre a capacidade civil —uma hipotética lei nova que elevasse de 18 para 21 anos o limiar da maioridade— o maior de 18 anos colhido pela lei nova seria titular de um direito adquirido, ou concreto, ao passo que os indivíduos com menos de 18 anos à época da promulgação da lei nova somente ao completarem 21 atingiriam a plena capacidade, eis que em seu favor militava apenas um direito existente, ou abstrato.

Não resta a menor dúvida quanto a que a teoria exposta por Savigny é uma repetição da teoria clássica (direitos adquiridos, expectativa de direitos), modificada apenas na denominação pelo mestre imortal.

9. TEORIA DOS FATOS CUMPRIDOS

19. Em meado do século XIX, uma teoria, esta verdadeiramente modificativa, pretendeu ultrapassar a doutrina clássica, com a proscrição do termo «direito adquirido». Denomina-se «teoria dos fatos cumpridos», surgiu entre os doutrinadores germânicos, e, iniciada por Scheurl, logrou a ade-

são de numerosos nomes de prestígio, entre eles Windscheid e Dernburg, com o que fez prosélitos.

A teoria dos fatos cumpridos assenta em que cumpre investigar, não se um direito foi adquirido (*ius quaesitum*), porém se um fato se cumpriu (*factum praeteritum*). Disto resulta que a lei nova tem plena validade para a parte do ato jurídico ainda não cumprido.

A nova teoria foi reforçada na Itália, com a contribuição da doutrina de Chironi e Abello, surgida em 1904, na qual é procedida a substituição de fatos por atos cumpridos (*atti compiutto*).

A proposição, em resumo, considera que a lei sob a qual o ato ficou juridicamente cumprido, ou completado, é a que o deve regular em todos os seus efeitos. Portanto, a lei nova não é de considerar-se retroativa se não estender-se a atos que, por se haverem cumprido sob uma lei anterior, têm existência jurídica concreta.

20. Também na Itália, Coviello traz sua contribuição em desenvolvimento da «teoria dos fatos cumpridos», com a vantagem, em seu entender, de propiciar um critério fácil para constatar quando a lei nova pode regular relações jurídicas que constituem conseqüências de fatos passados, sem examinar se existe direito adquirido ou expectativa de direito. Neste passo, faz repousar na relação causa-efeito o critério distintivo.

Segundo doutrina Coviello, as conseqüências anteriores devem permanecer regidas pela lei sob a qual o fato cumprido teve oportunidade; e com respeito às conseqüências ulteriores, é de mister distinguir a causa do efeito em relação ao fato cumprido. Se as conseqüências forem *causa*, serão regidas pela lei antiga, e se forem apenas efeito serão disciplinadas pela lei nova.

10. TEORIA DA VONTADE

Outra teoria proposta é a da vontade, que tem por arauto a Lassale e foi desenvolvida no começo do século XX.

O jurista francês expõe que o problema da irretroatividade da lei está intimamente vinculado à livre vontade do indivíduo, em razão do que considera a retroatividade uma violação da liberdade e da personalidade do homem. Daí as duas regras que propõe como remate de sua doutrina: 1) não pode ser retroativa a lei que diga respeito aos atos de vontade do indivíduo; 2) deve ser retroativa toda lei que se relacione com o indivíduo, exceção feita do objeto de sua vontade.

Dessas proposições resulta que toda vez que o indivíduo realiza voluntariamente um fato, esse fato é regido pela lei vigente no dia em que teve lugar. E em conclusão: direito adquirido é o que existe com a intervenção

da livre vontade das partes, e essa livre vontade só cria direito adquirido quando o permitam as leis existentes e na medida em que o permitam.

11. TEORIA DA SITUAÇÃO JURÍDICA

22. Lançada em França por Popoviliev (estudo publicado em 1908 na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*), e desenvolvida, mais tarde, por Bonnecase, a teoria da situação jurídica intenta substituir o critério de «direitos adquiridos», julgado insuficiente por si, para fazer prevalecer nova doutrina sobre a irretroatividade das leis.

Com base na sólida fórmula —«não havendo interesse não há ação», argumenta Bonnecase que o princípio da irretroatividade está disposto para colocar os indivíduos a salvo de atentados a direitos constituídos, levados a efeito por eventuais caprichos do legislador, e que dito princípio deve ligar-se á situação jurídica, ou seja, aquela em que o indivíduo pode acionar em defesa de seu interesse. Como esse direito de agir em juízo só se pode exercitar em face de uma situação definida, ou concreta, é esta situação jurídica concreta que vantajosamente toma o lugar da noção de direito adquirido, do mesmo modo como a situação jurídica abstrata, seu opositivo, toma o lugar da mera expectativa de direito.

Então, a situação jurídica, em face da irretroatividade das leis, reveste dois sentidos: um abstrato e outro concreto. Abstrata é a situação jurídica eventual ou teórica de cada indivíduo em face de uma lei determinada; e *concreta* é a situação jurídica já assente, de um indivíduo, um ato ou um fato jurídico que lhe proporciona vantagens ou impõe obrigações. Noutras palavras, a situação jurídica concreta planta-se numa realidade positiva, enquanto a situação jurídica abstrata assenta num direito que existe, porém ainda não cristalizou um interesse capaz de autorizar o exercício de ação. Exemplificando: a vocação hereditária é uma situação jurídica abstrata, e a sucessão aberta é uma situação jurídica concreta.

Partindo deste princípio geral em busca da solução para a problemática do conflito de leis no tempo, Bonnecase intui ser necessário que a lei nova, por seus efeitos, acometa o indivíduo, lesando vantagens ou interesses que ele considera pertencer-lhe em definitivo, só em face do que se configura o conflito.

O mestre francês enlaça, deste modo, seu raciocínio em que só é censurável a lei que modifique, em detrimento do interesse do indivíduo, as situações jurídicas concretas; e reversivamente, não é censurável a lei que modifique, mesmo em detrimento do interesse do indivíduo, as situações jurídicas abstratas.

12. A CONCEPÇÃO DO CONFLITO DE LEIS NO SISTEMA BRASILEIRO

23. A Lei de Introdução, dita do Código Civil, mas aplicável a todo o direito pátrio, estabelece que «a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitadas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada».

A redação original, de 1942, dispunha: «A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito».

Notam-se nessa redação do legislador do chamado Estado Novo, inclusive na frase que grifamos, as seguintes divergências sobre a concepção de 1916, *caput* («A lei não prejudicará em caso algum, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada»):

- a) o legislador armou-se da faculdade de editar leis com efeito retroativo, mesmo atingindo direitos consolidados;
- b) adesão à teoria da situação jurídica concreta, em proscrição à doutrina clássica dos direitos adquiridos, locução que ele, legislador, irreconheceu;
- c) eliminação de definições, por supérfluas e tidas como elemento complicador. Neste ponto andou certo. Não se deve perder de vista a regra jurídica deixada por Javoleno —*omnis definitio in iure periculosa est* (D.50.17.202). A lei não é feita para definir, sim, para determinar.

A primitiva Introdução, integrante do Código Civil e reverente ao cânon constitucional então vigente, definia o art. 11, nº 3, cada um de seus elementos, a saber:

- direito adquirido: tanto «os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem»;
- ato jurídico perfeito: «o já consumado, segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou»;
- coisa julgada: «a decisão judicial, de que já não caiba recurso».

O texto posto em vigor em 1942 foi modificado pela Lei nº 3.238, de 1957, a qual restaurou, sem modificação, os dispositivos complementares da redação originária, de 1916. Mas persistiu fazendo secundário o «direito adquirido», que os exegetas tinham por primacial e a que o «ato jurídi-

co perfeito» e a «coisa julgada» se agregavam como elementos explicativos.

Observa-se do texto vigente que o legislador impugnou a doutrina da «situação jurídica» e restaurou a teoria clássica do «direito adquirido», já então restaurada também na Constituição de 1945, embora esquecendo de dar-lhe ênfase, visto que, conforme temos acentuado, ato jurídico perfeito e coisa julgada são meros efeitos do direito adquirido, equivalente à situação jurídica concreta, e não elementos constitutivos conjuntivos, ou autônomos, de um mesmo preceito.

Como quer que seja, a Lei de 1957, eliminando a locução «salvo disposição expressa em contrário», impede que o legislador dê efeito retroativo à norma em detrimento do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada; porém em plena consonância com o preceito constitucional —«a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito a coisa julgada»—, não impede a edição de leis abrangentes de situações jurídicas abstratas anteriormente configuradas, isto é, situações que, embora eventualmente concretas, não investem contra um dos elementos daquele tríptico de vedações.

Este princípio vem ao encontro da doutrina exposta por Roubier, segundo quem o legislador não garante aos indivíduos o gozo indefinido no futuro dos direitos que eles possuíam num momento determinado; deve garantir, tão-somente, que o que passou, sob o domínio de uma lei precedente, ficará para sempre indene a qualquer lei modificativa.

13. CONSIDERAÇÕES FINAIS

24. O que permite deduzir de todo o exposto, muito embora o vasto elenco de expressivos teóricos e o nutrido rol de abalizadas teorias é a perplexidade que a doutrina deixa subsistir em torno da aplicação do direito adquirido em face da retroatividade da lei.

Ainda agora, quando estamos desenvolvendo este excuro, e se debate no Congresso nacional a lei de reforma da Previdência Social, não há consenso, ali e nas cátedras, com respeito aos parâmetros a serem firmados para a aposentadoria do servidor público, amparado pelo art. 40 da Constituição Federal: a partir de quando se resguarda seu direito adquirido à aposentadoria integral e até quando permanece na expectativa de direito, tendo de permeio a faculdade de direito. Depois de promulgada a reforma constitucional, certamente, ainda persistirá a dúvida quanto ao critério a ser aplicado, e *in fieri*.

Como quer que seja, deixando a particularidade para a generalidade, passamos a expor nosso entendimento quanto a que:

- 1) as situações jurídicas nas quais o exercício do direito depende apenas da vontade do indivíduo não regride para a expectativa, mas equivale ao direito adquirido. Não é só pelo ato ou atitude do indivíduo que a aquisição do direito se caracteriza;
- 2) na sistemática brasileira, a regra é a lei abranger todos os fatos, presentes, futuros e passados; a exceção é a irretroatividade. O preceito magno proíbe apenas a retroatividade da lei penal (Const., art. 5º, XL); por conseguinte, deixa caminho aberto à lei retroativa, desde, porém, que não incida sobre direito adquirido;
- 3) o direito adquirido se submete ao interesse público, daí ceder, ou ser suplantado, quando esse interesse superior se impõe. O direito de propriedade é garantido pela Constituição; não, porém, o interesse na propriedade, em preservação de sua função social (Const., art. 5º, XXII a XXIV).

14. BIBLIOGRAFÍA

- AURBY et RAU: *Cours de droit civil français*, 5ª ed., Marchal et Billard, Paris, 1897.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G.: *Précis de droit civil*, 10ª ed., Recueil-Sirey, Paris, 1908.
- BLONDEAU, M.: *De l'effet rétroactif des lois*, Themis, ou Bibliothèque du Juris-consulte, Paris, 1809.
- BONNECASE, JULIEN: «Supplément» ao *Traité théorique et pratique du droit civil*, de BAUDRY-LACANTINERIE, Recueil-Sirey, Paris, 1925.
- CHABOT DE L'ALLIER: *Questions transitoires sur le Code Civil*, Victor Lagier, Dijon, 1829.
- CHASSAT, MAILHER DE: *Traité de rétroactivité des lois*, 2ª ed., Durant, Paris, 1845.
- CHIRONI, G. P.: *Istituzioni di diritto civile italiano*, Fratelli Bocca, Turim, 1889.
- CHIRONI, G. P. e ABELLO, L.: *Trattato di diritto civile italiano*, Fratelli Bocca, Turim, 1904.
- COVIELLO, NICOLA: *Manuale de diritto civile italiano*, Soc. Editrice Lib. Milão, 1924.
- DUVERGIER, M.: *De l'effet rétroactif des lois*, Joubert, Paris, 1845.
- GABBA, O. F.: *Teoria della retroattività delle leggi*, 3ª ed., Unione Tipografica, Milão, Roma, Nápoles, 1891.
- HUC, THÉOPHILE: *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, F. Pichon, Paris, 1892.
- LASSALE, FERDINAND: *Théorie systématique des droits acquis*, trad. de J. Bernard, J. Molitor, G. Mouillet e A. Weill, Girard et Brière, Paris, 1904.
- LAURENT, F.: *Cours élémentaire de droit civil*, Bruyant, Bruxelas, 1887.
- MAXIMILIANO, CARLOS: *Direito intertemporal, ou teoria da retroatividade das leis*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1946.
- MERLIN, FELIPE ANTONIO: *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Vocabulo «Loi», H. Tarlier, Bruxelas, 1825.

- MEYER, J. D.: *Principes sur les questions transitoires*, A. A. de Pinto, Leeuwen, 1858.
- PLANIOL, MARCEL: *Traité élémentaire de droit civil*, 5^a ed., E. Pichon, Paris, 1908.
- POPOVILIEV: «Le droit civil transitoire ou intertemporel», in *Revue Trimm. de Droit Civil*, n° 7, Recueil-Sirey, Paris, 1929.
- ROUBIER, PAUL: *Les conflits des lois dans le temps*, Recueil-Sirey, Paris, 1929.
- SAVIGNY, F. C. VON: *Sistema de derecho romano actual*, 5^a ed., trad. de Mesia y Poley, Gangora, Madrid, s/d.
- VAREILLES-SOMMIÈRES, CONDE DE: «Une théorie nouvelle sur le retroactivité des lois», in *Revue de Législation et de jurisprudence*, vol. 22, Lib. Cotillon (F. Pichon), Paris, 1893.

