

Conflito das leis no tempo

WILSON MELO DA SILVA

Prof. Catedrático e Diretor da Faculdade de Direito
da U. F. M. G.

1 — Sabemos que a lei, *stricto sensu*, se caracteriza pela coexistência, nela, de quatro elementos: legitimidade, generalidade, *permanência* e obrigatoriedade.

Sabemos também no que consistem tais elementos. E ao falarmos sobre a *permanência*, deixemos consignado que, por permanência da lei não devemos entender a *eternidade* dela.

Permanência da lei significa tão somente que a lei, uma vez votada, sancionada, promulgada e publicada, começa a obrigar de modo indefinido, até que venha a ser revogada por lei posterior.

Antes que isso aconteça, vige a lei, pouco importando se para um lapso de tempo maior ou menor.

O meio social evolui constantemente. E o Direito que segundo MAX RUMPF¹ é ciência de vida, brotada da vida e destinada a servir a própria vida, teria que caminhar, lado a lado, com a vida mesma.

E daí o motivo pelo qual as leis novas comumente se presumem melhores que as leis antigas, devendo, por isso mesmo, suplantá-las sempre, revogando-as.

Mas nesse revogar, a lei nova, a lei antiga, situações múltiplas podem, por vêzes, ocorrer.

1. MAX RUMPF, *Le Droit et L'Opinion*, trad. française de HUGUENEY, Recueil Sirey, Paris, 1911, pág. 131.

E a entrada em vigor da lei nova costuma repercutir, sobre a lei antiga, de modo tríplice: 1º) Ou atingindo as próprias situações ou fatos pretéritos já consumados sob o império da lei antiga; b) ou afetando as conseqüências ou efeitos pretéritos de situações também já passadas; 3) ou incidindo sobre os efeitos presentes ou futuros de situações pretéritas.²

O problema da retroatividade da lei pròpriamente dito (*stricto sensu*) só ocorreria na hipótese do ítem terceiro, *supra*, vale dizer, quando a lei nova viesse a alcançar efeitos presentes ou futuros das situações pretéritas (retroatividade média), já que, em tese, a lei nova (salvo situações anormais de prepotência e ditadura) não pode e não deve retroagir de molde a atingir aquêles fatos e efeitos já consumados e exauridos sob o império da lei revogada (retroatividade máxima).

Se a lei nova (retroatividade *stricto sensu*) chega a atingir os efeitos presentes ou futuros da lei antiga, diz-se que ela é retroativa. E não retroativa, na hipótese contrária.

Em síntese, pois, tôda a questão do tormentoso problema do conflito intertemporal das leis giraria apenas em tórno do saber-se se a lei nova deva, ou não, respeitar os efeitos presentes e futuros das situações pretéritas, concluídas sob o regime da lei revogada.

Para alguns autores, não (GABBA, dentre outros).

Para outros, sim (ROUBIER e seus adeptos).

2 — E essa é a questão completa, tumultuada e que PORCHAT afirma ser, do ponto de vista doutrinário e prático, das que têm despertado as maiores controvérsias em Direito³ e que CLÓVIS assinala constituir-se num dos pontos mais obscurecidos pela querela dos doutos⁴

2. PAULO DE LACERDA, *Manual do Código Civil Brasileiro — Introdução*, Rio, 1918, ed. Jacinto, vol. 1, nº 85, pág. 82.

3. REYNALDO PORCHAT, *Da Retroatividade das Leis Civis*, S. Paulo, 1909, nº 4, pág. 5.

4. CLÓVIS BEVILÁQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed., 1929, pág. 20.

Com efeito, nas disputas dos D.D. com vistas à magna questão, até mesmo se poderia dizer que apenas num ponto se entendem, qual seja o de que a lei nova, em tese, não deva ter efeitos retrooperantes.

A não-retroatividade das leis, afirmava GRENIER por ocasião da feitura do Código de Napoleão, é verdadeira norma de “moral da legislação”.

E por essa mesma época e ao mesmo ensêjo, proclamava, alto e a bom som, na sessão da Assembléia Constituinte de 21 de novembro de 1790, o grande tribuno que foi MIRABEAU: “Nenhum poder humano ou sôbre-humano pode legitimar o efeito retroativo da lei”.

E PORTALIS, segundo nô-lo refere LOMONACO⁵, num tropo de grandiloquência aditava, a seu turno, que “o homem que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, acabaria por se tornar o mais infeliz de todos os sêres se não pudesse se julgar seguro pelo menos quanto à sua vida passada”.

Leges non habent oculos retro, assoalhavam os D.D. medievais e BACON repetia: *Janus in legibus non placuit*.⁶

E se para MAQUIAVEL, como em *O Príncipe* fêz consignar, “*la legge non deve riandare le cose passate, ma sibbene provvedere alle future*”, para LASSALE a retroatividade da lei chegaria a traduzir mesmo a consagração da mais absoluta injustiça e a negação de tudo aquilo que pudesse significar Direito.⁷

KÖHLER, na cita que dêle faz CLÓVIS BEVILÁQUA, asseverava exigir a nossa própria cultura uma certa firmeza de relações e isso para que não nos víssemos atirados aos braços da dissolução.⁸

5. LOMONACO (Giovanni), *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, vol. I, pág. 67.

6. Cfr. VICENTE RAO, *O Direito e a Vida dos Direitos*, Ed. M. Limonad, 1960, vol. 1, tomo II, pág. 428, nota 292.

7. LASSALLE (Ferdinand), *Théorie Systématique des Droits Acquis*, trad. franc., vol. I, pág. 73.

8. CLÓVIS, *Teoria Geral*, cit., pág. 21.

Autores há que remontam até ao Direito Natural para buscar a justificação para o princípio da não-retroatividade das leis.

Assim aconteceu com TRENDELENBURG para quem seria uma exigência racional do direito que a lei não pudesse declarar injusto o ato de vontade efetivado sob o império de uma lei anterior e muito menos ainda que um determinado ato concluído sob o regime de lei antiga e que, produzindo seus efeitos na conformidade da mesma lei, viesse a ser declarado nulo pela lei nova.⁹ E assim aconteceu, também, com LAURENT, que escreveu: “*Il y a des cas où la justice éternelle défend le législateur de régir le passé; bien que la constitution ne lui défend pas, il ne doit pas le faire, parce que, en le faisant, il enlèverait à la loi l'autorité morale sans laquelle elle n'est plus que tyrannie*”.¹⁰

Para BÁRTOLO o princípio era de tal modo absoluto que a lei nova não poderia retroagir ainda mesmo quando, ao respeito, contivesse expressa disposição (*etiamsi expresse caveatur*).¹¹

E sem razão portanto não foi que WALKER acabou por proclamar que “leis retroativas somente os tiranos as fazem e apenas os escravos a elas se submetem”.¹²

Em verdade na paz social, no resguardo da harmonia que deve reinar entre os homens, no anelo de Justiça e, sobretudo, no anseio de estabilidade jurídica a que POUND se refere¹³, firmaria a boa doutrina da não-retroatividade das leis os seus pilares maiores.

9. TRENDELENBURG — *Naturrecht*, § 40.

10. LAURENT, *Principes de Droit Civil*, vol. I, nº 142.

11. *Apud* CARLOS MAXIMILIANO, *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*, Ed. F. Bastos, 2ª Ed., nº 11, pág. 24.

12. *Apud* FRANZEN DE LIMA, *Curso*, vol. I, 3ª ed. pág. 89 *in fine*.

13. ROSCOE POUND, *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*, trad. cast. de P. Brutau, ed. Ariel, Barcelona, 1950, pág. 5.

E assim bem se pode ver, como já foi acima enunciado, que os doutores, na questão da irretroatividade das leis, apenas se entendem mesmo em torno do princípio de que a lei nova não deva de ter efeito retrooperante.

Quanto ao mais, discordam sempre a começar, já no início, por uma simples questão de palavras, quando tratam de dar nome à teoria.

3 — Como batizar-se em verdade, a teoria que veda o efeito retrooperante da lei?

Enquanto, uns, como GABBA¹⁴, FAGELLA¹⁵, PORCHAT¹⁶ ou VAREILLES-SOMMIÈRES¹⁷, falam apenas em teoria da *retroatividade da lei*, preferem, outros, como, por exemplo, BAUDRY-LACANTINERIE, falar em teoria da *não-retroatividade das leis*.¹⁸

E ao passo que PACIFICI-MAZZONI, dentre outros, nos acena com a expressão *irretroatividade das leis*¹⁹, já LASSALLE, como vimos pelo título de sua obra, conceitua a questão como sendo tão somente a dos *direitos adquiridos*.

PAUL ROUBIER qualifica o problema como o do *conflito das leis no tempo*.²⁰ E se a CLÓVIS melhor sabe a expressão problemas de direito transitório²¹, tomada de empréstimo a CHABOT DE L'ALLIER que, dela, pela primeira vez, se utilizou em 1829²²,

14. GABBA (C.F.), *Teoria della Retroattività delle Leggi*, 4 vls., Pisa, 1868.

15. FAGELLA (Donato), *Retroattività delle Leggi*.

16. PORCHAT (R.), *Da Retroattività das Leis Civis*, cit.

17. VAREILLES-SOMMIÈRES, *Une Théorie Nouvelle sur la Retroactivité des Lois*, na *Rev. Critique*, ano de 1893, pág. 452.

18. BAUDRY-LACANTINERIE, *apud* PORCHAT, ob. cit., nº 3, pág. 5.

19. PACIFICI-MAZZONI (Emidio), *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, 3ª ed., Firenze, 1880, vol. 1, pág. 57.

20. PAUL ROUBIER, *Le Droit Transitoire (Conflits des Lois dans le Temps)*, Paris, 2ª ed., 1960.

21. CLÓVIS BEVILÁQUA, *Teoria Geral*, cit., pág. 20.

22. CHABOT DE L'ALLIER, *Questions Transitoires sur le Code Napoléon*, 1829.

mais do gôsto de CARLOS MAXIMILIANO²³ seria o circunlóquio *direito intertemporal*, cuja paternidade se atribui a F. AFFOLTER, auto do livro *Geschichte des Intertemporalen Privatrecht*, dado a lume em 1902.

E se por aqui já são assim tão acesas as disputas, fácil é de imaginar-se o teor delas, mais além, quanto ao mérito da teoria mesma.

4 — Històricamente a questão parece remontar à mais alta antiguidade.

Pretende LASSALLE, na sua citada obra, que a retroatividade das leis tivesse sido a regra natural que dominou por tôda a história da Ásia, nos primeiros tempos.

Quanto ao princípio mesmo da não-retroatividade das leis, êle só teria surgido na Hêlade, no seio do povo grego, amante das liberdades sôbre tudo.

E a primeira referênciã com que se depara, entre os gregos, com relação à irretroatividade das leis, nós a vamos encontrar, segundo, ainda, o mesmo LASSALLE, naquela passagem famosa de um dos diálogos de PLATÃO, quando êle põe na bôca de SÓCRATES, que já houvera discorrido a respeito do útil como razão de ser da finalidade das leis, isto: "O útil refere-se ao tempo futuro. E em verdade quando elaboramos as leis, fazêmo-las para que sejam úteis para os tempos que hão de vir, e aos quais chamamos muito justamente apenas o futuro".

Em Roma, inúmeras são as passagens de seus escritores e jurisconsultos, consagradoras, de um modo ou de outro, da norma da não-retroatividade das leis.

Nas *Noctes Atticae* de AULUS GELLIUS já se disse que algumas discussões se travaram com referênciã ao assunto.

E CÍCERO *in Verrem*, a certa altura (act. sec. I, 41 *in fine* e 42 *in princ.*), como nô-lo relembram SAVIGNY e LASSALLE, faz referênciã ao princípio da não-retroatividade das leis

23. CARLOS MAXIMILIANO, *Direito Intertemporal*, cit.

ao apostrofar o pretor VERRES pelo só fato de haver introduzido em um de seus editos normas com efeitos retrooperantes.²⁴

No Principado, alguns jurisconsultos romanos se insurgiam contra disposições atentatórias das *rei judicatae* ou das chamadas *causae finitae*.

E de TEODÓSIO I, por volta do ano 393, é a conhecida advertência: "*Omnis constituta nono praeteritis calumnian faciunt, sed futuris regulam ponant*".

Mas é tranquilo que a mais assinalada passagem do *jus romanum*, consagradora da regra da não-retroatividade das leis, é a que se contém na conhecida constituição de THEODOSIANO e VALENTIANO, *in verbis*: "*Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis, causum sit*". (*Const. 7, Cod. de legibus, I, 14*).²⁵

Ou em vernáculo: "O certo é que as leis e constituições apenas regulamentam os negócios futuros, não revogando os fatos passados, a menos que de modo expresse declarem que regulam também o tempo passado e, mais ainda, os negócios pendentés".

E segundo o que vem referido por ARNOLD WALD,²⁶ o princípio da irretroatividade das leis, no *jus romanum*, acabou por dominar a obra de JUSTINIANO, através, sobretudo, da *Novela 22*.

No entanto e não obstante tudo isso, não se pode com segurança dizer que, no direito romano, já a teoria se tinha sistematizado.

O que no *jus romanum* encontramos são preceitos vários, esparsos, carecendo de uma unidade, ainda que aparente,²⁷ no

24. Cfr. PAULO LACERDA, ob. cit., pág. 83, nota 3.

25. Cfr. FIORE (Pascuale), *De la Irretroactividad e Interpretación de las Leyes*, trad. cast. de Aguilera de Paz, Ed. Reus, 3ª ed., pág. 28. No mesmo sentido, PAULO LACERDA, ob. cit. n° 87, pág. 84.

26. ARNOLD WALD, *Direito Civil Brasileiro, P. Geral*, Ed. Lux, vol. 1, pág. 104, n° 33.

sentido de se poder falar, já aí pròpriamente, em uma teoria da irretroatividade.

E a teoria, devida em grande parte de sua construção a SAVIGNY e a mais alguns outros dos modernos romanistas e apontada como sendo a teoria romana da não-retroatividade das leis, é teoria pós-elaborada, muito embora com base nos esparsos trechos do direito romano, alusivos à irretroatividade, notadamente na constituição de THEODOSIANO e VALENTINIANO, que serviu de pedra angular à construção.

E brotadas principalmente do texto dessa constituição surgiram as regras fundamentais do sistema (pós-edificado) do instituto no *jus romanum*.

5 — Partindo do princípio de que os romanos apenas consideravam os fatos, passados ou futuros (*facta praeterita et futuris negotiis*) e não, pròpriamente, os efeitos de tais fatos e só acolhendo a retroatividade da lei em casos excepcionais, quando isso fôsse, na própria lei, admitido de modo expresso, chegou SAVIGNY à edificação daquela que teria sido a teoria da não-retroatividade da lei no seio dos romanos, assim:

1º) A lei não retroage, isto é, ela regula sòmente os negócios futuros, e não os negócios passados, embora os efeitos dêstes não se possam exigir senão no futuro.

2º) A lei retroage quando ela assim preceitua expressamente. ²⁷

CRÍTICAS À TEORIA ROMANA — Mas tal suposta teoria da irretroatividade das leis entre os romanos sofreu críticas acerbas.

Dela se disse que fôsse um sistema artificioso, pouco sólido e insuficiente.

E mais: que não possuísse aquêle rigor de sistematização com que os romanos costumavam assinalar tôdas as suas construções jurídicas.

27. Apud PAULO LACERDA, *Manual do Código Civil Brasileiro, Introdução*, ed. de 1918, vol. I, nº 87, pág. 85.

E, finalmente, que lhe faltasse unicidade lógica pelo que, se grãficamente pudesse ser ela debuxada à guisa de uma composição artística, por certo que se haveria de apresentar como a imagem de um verdadeiro *monstrum*, sumamente absorvente no primeiro de seus princípios e contraditória no segundo. ²⁸

6 — Mas o próprio SAVIGNY edificou, êle também, um sistema seu, original, relativamente à matéria da retroatividade ou da não-retroatividade das leis.

E seu sistema se vazava em dois princípios genéricos, estribados, um nos preceitos que o Autor qualificava como preceitos atinentes à *aquisição dos direitos* e o outro, naqueles preceitos consistentes na *existência dos direitos*.

Para os primeiros preceitos (*aquisição dos direitos*), a lei nova não teria efeito retroativo.

Para os segundos, no entanto (*existência dos direitos*), sim.

Paralelamente com isso (no que tem sido muito criticado) admitia SAVIGNY, para cada um dos dois princípios, exceções inúmeras.

No seu livro, *Sistema do Direito Romano Atual*, procurou o dito SAVIGNY demonstrar, com ajuda de exemplos, as diferenciações entre as duas sortes, paralelas, de preceitos (para a *aquisição* e para a *existência* de direitos).

Na primeira categoria das regras concernentes à *aquisição* de direitos, explicou êle, o nexó que se estabelece entre um direito e o indivíduo opera sempre no sentido de transformação de uma instituição (abstrata) de direito, em uma relação pessoal.

E isso se verificaria *ad exemplum*, quando em determinado país onde, por lei, a propriedade pudesse ser transmitida

28. Cfr. PAULO LACERDA, ob. e vol. citados, pág 87.

ou adquirida por um simples contrato, uma lei nova sobreviesse reclamando, para o caso, a tradição. ²⁹

A modificação, aí, versando apenas sobre o modo de aquisição de direito não poderia, por isso mesmo, possibilitar à lei nova o efeito retroativo.

Já na segunda hipótese (normas destinadas à existência de direitos), teríamos pela frente disposições relativas ao reconhecimento de instituições em geral, consideradas, porém, *em abstracto* e antes “que se questionasse sobre sua aplicação a um indivíduo, ou sobre a transformação de uma instituição jurídica em uma relação de direito”. ³⁰

E essas regras que versam: umas sobre a existência ou não existência de uma instituição (escravidão por exemplo), outras, sobre o *modo de existência* de uma instituição (direito aos dízimos), não se subtrairiam aos efeitos retrooperantes da lei nova.

CRÍTICAS À TEORIA DE SAVIGNY — A construção de SAVIGNY não é imune a críticas. Positivas, umas; negativas, outras.

Assim é que tem sido apontado como um de seus maiores méritos o de haver incorporado em um princípio geral de retroatividade aquêles casos todos até então taxados, a grosso modo, como de exceções à regra, ampla, da não-retroatividade. Além disso teria ela preparado o caminho para ulteriores estudos capazes de conduzir a melhores soluções no caso e isso pelo só fato de haver equacionado a matéria em termos mais científicos. ³¹

No entanto, sob o aspecto puramente negativo, contra a teoria de SAVIGNY rudemente se insurgiram LASSALLE e GABBA.

29. SAVIGNY (M.F.C. de), *Sistema del Derecho Romano Actual*, trad. cast. de MESIA Y POLEY, 2ª ed., Madrid, vol. VI, § CCCLXXXIV, pág. 334.

30. Idem, idem.

31. Cfr. PAULO DE LACERDA, *Manuel*, cit. vol. 1, nº 88, pág. 88.

LASSALLE chegou até mesmo a negar à teoria de SAVIGNY a simples qualidade de teoria ou sistema.

Qualquer teoria que se preze, diria LASSALLE, pressupõe sempre um princípio único, superior, em que se estribe.

E no entanto a teoria de SAVIGNY partia, não de um princípio único, mas de *dois* princípios distintos, paralelos, irreduzíveis a uma concepção unitária mais alta.

O trabalho de SAVIGNY, na sua construção, teria sido apenas o de reunir os casos de exceção à regra da não-retroatividade num princípio ou classe à parte, sem que tivesse podido reduzir êsse princípio ao outro, harmonizando-os à luz de um princípio unitário, superior, maneira única de se poder falar, na espécie, em um sistema verdadeiro ou em uma teoria.

Ao demais disso, aditava e, talvez, como consequência disso, SAVIGNY foi obrigado a admitir exceções inúmeras para os dois princípios, paralelos, de seu falso sistema, princípios êsses que, ao demais, se adentravam um pelo outro.³²

GABBA, de seu lado, parece que não quis deixar da construção de SAVIGNY pedra sôbre pedra.

Pretendeu que tenha formulado, o autor das *Das Recht des Besitzes*, em ocasiões diversas, suas diferenciações entre as regras atinentes à *aquisição* dos direitos e aquelas outras relativas à *existência* dos direitos e variando, assim, no desenvolvimento de seu trabalho, só poderia acabar mesmo chegando ao resultado melancólico a que chegou, vendo as suas conclusões finais se distanciarem das afirmações primeiras, que êle pretendia demonstrar.

Escreveu GABBA: "Não se apercebia, SAVIGNY, que variando nas suas expressões e passando, primeiramente, da locução "ser" ou "não ser" para a outra "de ser dêste" ou "daquele modo" e, em seguida, da expressão "institutos de direitos" àquela outra de "direitos" simplesmente, passava êle (SAVIGNY), na realidade, de um conceito a outro bem dife-

32. LASSALLE, *Theorie Systématique des Droits Acquis*, citada, vol. I, pág. 31 e sgts.

rente e se expunha, dêsse modo, ao perigo de que a sua conclusão final não pudesse participar da evidência da primeira proposição, nada apresentando de comum com a mesma".³³

7 — LASSALLE, que tão vivamente criticara SAVIGNY e principalmente pelo fato de haver êle alinhado, na sua concepção, princípios paralelos, distintos, não filiados ou filiáveis a um princípio superior, unitário, característico de tôda boa teoria que se preze, deu-se ao trabalho de construir também uma teoria a respeito da mesma questão.

Coerente com sua crítica a SAVIGNY, fêz deduzir sua concepção de um princípio único, superior e que mais não era senão o da vontade livre do homem.

A vontade do indivíduo, livremente manifestada, seria como que a pedra angular de sua construção que teria consistido, em última análise, na afirmativa de que a lei nova jamais poderia retroagir quando viesse a alcançar aquêles direitos filhos da vontade, livremente manifestada, dos homens, nada impedindo, no entanto, o efeito retrooperante da lei nova tôda vez que alcançasse o homem *por fora* dos seus atos de vontade.

PAULO DE LACERDA assim resumiu as duas proposições maiores da teoria de LASSALLE:

- a) *nenhuma lei pode retroagir, se não pode alcançar o indivíduo senão por intermédio dos seus atos voluntários;*
- b) *tôda lei pode retroagir, se atinge o indivíduo por fora dos atos de sua vontade, se, em consequência, atinge imediatamente o indivíduo nas qualidades que êle se deu a si mesmo, que lhe são comuns com a humanidade inteira, ou naquelas que êle possui da sociedade; ou se o atinge unicamente na medida em*

33. GABBA, *Teoria della Retroattività delle Leggi*, citada, vol. I, pág. 164.

que ela modifica a própria sociedade nas suas instituições orgânicas. ³⁴

Como se apura, a teoria de LASSALLE girava em torno de um polo único: a vontade livre do ser humano.

Disso, dos direitos filhos da vontade do homem, do seu livre arbítrio, afinal, fez LASSALLE um equipolente do *direito adquirido* que, segundo êle, deveria sempre ser subtraído ao ao império da lei nova. Ou em outros termos e como diria GABBA, “a última razão do respeito aos direitos adquiridos seria, para LASSALLE, a inviolabilidade da pessoa humana e a inseparabilidade do conceito de direito daquilo que uma pessoa que pensa o quer livremente”. ³⁵

CRÍTICAS À TEORIA DE LASSALLE — Tal teoria, a de LASSALLE, não obstante ter sido êle, no dizer do mesmo GABBA, o único jurisconsulto que tratou da teoria da retroatividade das leis com “*idee nuove, cosi elevate e larghe, e in pari tempo cosi vicine alla verità, e feconde di utili applicazioni*”, ³⁶ não ficou, contudo, a cavaleiro de reparos e de críticas, inclusive do mesmo GABBA.

Foi acoimada por muitos (e também por GABBA), de excessivamente filosófica.

E de fato: tendo se firmado, na noção do seu *direito adquirido*, naqueles direitos filhos apenas da livre vontade humana, acolheu, em última análise, o livre arbítrio como condição maior de tutela dos direitos a serem subtraídos dos efeitos retrooperantes da lei nova.

Mas desde os primórdios do mundo, no passado, no presente e, certamente, no futuro, sempre se discutiu, discute-se e se discutirá, ainda, a respeito do livre-arbítrio e do seu oposto, o determinismo.

34. PAULO DE LACERDA, *Manual*, cit., vol. I, pág. 90, nº 89.

35. GABBA, *Teoria della Retroattività delle Leggi*, cit. pág. 173.

36. GABBA, *Teoria della Retroattività delle Leggi*, cit., pág. 170-171.

Os atos humanos seriam, realmente, e sempre, filhos de uma vontade livre ou, pelo contrário, na maioria das vezes, não passariam de simples atos condicionados ou preterdeterminados por circunstâncias múltiplas ?

Se os que defendem arduamente os princípios do livre-arbítrio são muitos, poucos não são os que sustentam as teses deterministas.

Com quais estaria a razão ?

É difícil de responder-se.

Os fatos demonstram que os homens, portadores de taras e inclinações hereditárias condicionantes de muitos de seus atos, são por vezes, também, produtos do próprio meio social (TAINE), senão mesmo do próprio meio físico ou geográfico onde vivem.

Com a teoria freudiana da psicanálise já se fala, também, em determinismo psíquico a se somar àqueles fatores outros, religiosos, políticos, filosóficos etc., capazes, em tese, do condicionamento, sob um aspecto ou outro, do comportamento humano e dos atos de sua vontade que, em muitos casos, apenas aparentemente poderia ser considerada livre.

Alguém houve, RECASENS SICHES, que ecléticamente pretendeu harmonizar as duas tendências antagônicas, livre-arbítrio e determinismo, estabelecendo que o homem, dentro cinco ou seis caminhos que lhe fôssem pré-impostos pelas circunstâncias (determinismo) teria a livre faculdade (livre-arbítrio) apenas da escolha, dentre as vias que lhe são abertas, daquela pela qual desejasse seguir.³⁷

O fato, porém, é que, como muito expressivamente falou PAULO DE LACERDA, basta que se negue o conceito filosófico do livre-arbítrio “e a teoria de LASSALLE ruirá pela base, enquanto que os fatos da retroatividade e da irretroatividade

37. LUIS RECASENS SICHES, *Filosofia del Derecho*, 1ª ed. págs. 89-90.

da lei continuarão a se suceder, sempre do mesmo modo, numa certa classe de relações jurídicas".³⁸

Com efeito: *Jus ex facto oritur*. O Direito é filho dos fatos e não dos postulados filosóficos.

Direito é vida, falou MAX RUMPF.³⁹

O Direito é ciência de vida, brotada da vida e destinada a servir a própria vida e, por isso mesmo, estranha às puras e, no comum das vezes, abstratas, concepções filosóficas.

Portanto uma teoria jurídica que se edificou com base não nos fatos sociais, mas nos fatos filosóficos, será sempre teoria de excelência dúbia.

O melhor método para se aquilatar das boas ou más qualidades de uma teoria jurídica será sempre testá-la com a vida. E se do confronto dela com a vida resultar inadequação da mesma aos fatos da vida, devem prevalecer os fatos da vida, a única realidade talvez do mundo do Direito.

Mas além disso e do nôvo regressando ao estrito campo do Direito, vamos ver como a teoria de LASSALLE se revelou aqui lacunosa e falha.

Foi GABBA quem examinando a noção do *direito adquirido* de LASSALLE e contra o qual, segundo o mesmo LASSALLE, não se poderia fazer incidir o efeito retrooperante da lei nova, acabou por considerá-la de lindes estreitas, não abarcando tôda a imensa realidade que deveria abarcar.

Em verdade, dizia GABBA, se a lei nova, consoante os postulados da teoria de LASSALLE, não pode e não deve alcançar, nunca, o direito adquirido e se êste, o *direito adquirido*, não abrange para o autor da teoria criticada senão os direitos emanados dos *atos da livre vontade* dos homens, pergunta-se: E aquêles direitos outros, e muitos, filhos, não da vontade humana, mas dos demais fatos de todo em todo alheios à vontade humana, vale dizer, aquêles direitos outros que são tais apenas por fôrça da lei?

38. PAULO DE LACERDA, *Manual*, citado, pág. 82.

39. MAX RUMPF, *Le Droit et l'Opinion*, cit., pág. 131.

Ato jurídico, lemos nós na quase unanimidade dos compêndios jurídicos, é todo acontecimento, *necessariamente* filho da vontade humana e em consequência do qual a relação jurídica nasce, ou se transforma, ou se extingue.

E que é *fato jurídico* ?

Fato jurídico, de maneira mais ampla, seria todo acontecimento (ato jurídico *lato sensu*), *dependente* (ato jurídico) ou *não dependente* (fato jurídico *stricto sensu*) da vontade humana e em consequência do qual nascesse, ou se transformasse, ou se extinguisse a relação jurídica.

Assim se todo ato é fato, nem todo fato é ato.

Se o casamento é ato jurídico por depender *necessariamente* da vontade humana, já a morte casual de qualquer homem (acontecimento não dependente da vontade humana), seria simples fato jurídico (*stricto sensu*), alheio à vontade humana, gerando contudo, no mundo do direito, tal como o casamento, relações jurídicas.

O incêndio, não provocado, de um imóvel, é fato e não ato e tanto como qualquer ato jurídico comum, pode gerar direitos e obrigações: direito à percepção do prêmio, por parte do proprietário, se tiver seu imóvel assegurado contra o fogo e obrigação, para a empresa seguradora, de pagar o montante do prêmio em virtude do sinistro.

E se assim é então (e nisso se constitui o núcleo da crítica de GABBA), por que se haveria, ilógica e injustamente, de deixar ao desamparo, relativamente aos efeitos retrooperantes da lei nova, todos os fatos jurídicos (*stricto sensu*), tão numerosos quanto os atos jurídicos (atos de vontade livre dos homens) e, tanto quanto êles, merecedores, também, de tutela jurídica ?

Por que ?

Apercebendo-se da gravidade de uma tal objeção LASSALLE se apressou em equiparar a imensa teoria dos direitos, aparentemente vindos da lei, àqueles filhos de um ato *ideal* de vontade (*geistige Willensaction*), para, por essa via, encaixar

a série dos fatos jurídicos (*stricto sensu*) dentro de sua noção de direito adquirido.

Mas o absurdo, senão mesmo o sofisticado da equiparação, desde logo se revela. Jamais, efetivamente, os atos de pura *vontade ideal* poderiam ser equiparados àqueles filhos da *vontade real*.

A teoria de LASSALLE foi considerada, ainda, sumamente subjetiva e grandemente individualista, o que a tornaria *de-modée* nos tempos atuais de franca socialização do direito.

Dêste modo, então e merecendo, embora, a teoria de LASSALLE, os rasgados elogios que o próprio GABBA lhe tece, é teoria também ainda em meio do caminho, não ensejando para o tormentoso problema da irretroatividade da lei, aquela solução, menos utópica e menos incompleta, que dela se pudesse ter esperado.

8 — A doutrina da não retroatividade das leis, de GABBA, encontra nas teorias de SAVIGNY e, sobretudo, na de LASSALLE, seus antecedentes imediatos, e na de BLONDEAU, os remotos, consoante CAIO MÁRIO na sua *Instituições* (vol. 1, nº 30).

O próprio GABBA, ao final de suas críticas à teoria de SAVIGNY, reconhece que mais se atentando para os fatos que para as palavras da exposição de SAVIGNY, a uma conclusão se poderia chegar: à de que a doutrina de SAVIGNY fôsse não aquela contida na complicada fórmula por êle inventada, mas uma outra, mais simples, ou seja aquela que, por regra geral, possibilitasse a tóda lei a sua aplicabilidade às conseqüências dos fatos e negócios passados, uma vez que, com isso, não se violassem os direitos adquiridos.⁴⁰

E essa construção, não a florada na teoria de SAVIGNY, mas, nela, entrevista por GABBA, foi o que se constituiu, como veremos, na essência da própria teoria do mencionado GABBA.

40. GABBA, *Teoria della Retroattività*, cit., vol. 1, pág. 169, *in fine* e 170.

Quanto a LASSALLE, partiu GABBA da conceituação, um tanto ou quanto estreita que, do direito adquirido, era ministrada pelo professor tedesco.

Ampliou-a e, com isso, supriu a grave lacuna, a deficiência que, na própria teoria de LASSALLE, fôra apontada por GABBA.

Com efeito: Para LASSALLE, como já foi dito, a noção de direito adquirido que abarcava apenas um subgrupo (o dos atos jurídicos), integrante da noção, ampla, de fato jurídico em geral, tão somente retirava da incidência dos efeitos retrooperantes da lei nova aquêles estritos direitos brotados da vontade e em consequência dos quais as relações jurídicas nascessem, ou se transformassem, ou se extinguissem.

E dentro dessa diretriz e estabelecendo a equipolência do direito adquirido com o fato jurídico *lato sensu*, envolvente, ao mesmo tempo, do ato jurídico e do fato jurídico *stricto sensu*, assim definiu, GABBA, o direito adquirido: “É considerado como adquirido todo direito que: a) é consequência de um fato idôneo para gerá-lo em virtude da lei vigente ao tempo em que tal fato teve lugar, muito embora a ocasião em que o mesmo possa vir a atuar ou a ter pleno valimento ainda não se tenha apresentado antes da entrada em vigor de uma lei nova relativa ao mesmo assunto e que b) nos termos da lei (nova) sob o império ou o regime da qual o fato aconteceu, tenha êle (o direito originado do fato acontecido) entrado a fazer parte, desde logo, do patrimônio de quem o adquiriu.”⁴¹

É certo que alguns autores, como, *v. g.*, VAREILLES-SOMMIÈRES, com vistas à noção do direito adquirido tenha, de uma feita desafiado o mais sutil jurista do mundo inteiro a definir,

41. É esta, no original (ob. citada, vol. 1, págs. 190-191) a definição do direito adquirido de GABBA: “È diritto acquisito ogni diritto, che A) è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l'occasione di farlo valere non sia si presentata prima dell'attuazione di una legge nuova sotto l'impero della qualle accadde il fatto da cui trae origine, entrò a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato”.

com precisão, o que fôsse o direito adquirido.⁴² E não menos certo, também, que STOLFI entendesse que as opiniões sôbre direito adquirido seriam pouco proveitosas e destinadas mais a confundir que a aclarar as idéias em tórno do assunto.⁴³

E se PLANIOL tinha por artificial as construções em tórno do direito adquirido⁴⁴ e de tal modo que, influenciado pelas críticas de renomado civilista francês, ALVES MOREIRA, cuidadosamente, sempre evitou, em seus escritos o emprêgo da expressão condenada, lançando mão de circunlóquios como “direito efetivamente individualizado”, “situação subjetiva definitivamente constituída” e quejandas,⁴⁵ o fato é que a definição de GABBA, bem afeiçoada aos têrmos da teoria que formulou, apresenta, do direito adquirido, uma noção exata.

Mas a noção de direito adquirido de GABBA melhor se compreende e mais nitidez de contornos adquire em suas linhas, se cotejada com aquelas noções outras de *faculdade* e de *expectativa de direito*.

Vejamos.

A situação jurídica, anterior, de determinada pessoa em face de uma lei nova, pode ser considerada sob o tríplice aspecto de mera *faculdade*, de simples *expectativa* ou de um real *direito adquirido*.

Faculdade, como a própria palavra o indica, seria a simples possibilidade, ainda não exercitada, de vir alguém a adquirir determinado direito, assegurado em lei.

42. VAREILLES-SOMMIÈRES, *Une Théorie Nouvelle*, loc. citado, pág. 452.

43. STOLFI, *Diritto Civile Italiano*, vol. I, pág. 868, onde textualmente escreve que a diversidade de opiniões relativas à noção de direito adquirido “*sarebbe poco fruttuosa e riuscirebbe a confondere piuttosto che a chiarire le idee*”.

44. PLANIOL (M.), *Traité Élén. de Droit Civil*, 4ª ed., 1906, vol. 1, pág. 94, nº 241.

45. ALVES MOREIRA (Guilherme), *Instituições do D. Civil Português*, Coimbra, 1907, vol. 1, pág. 74, nº 37.

Para tanto mistér se faria apenas o ato, concreto, de vontade do agente.

Expectativa seria essa mesma possibilidade de que alguém viesse a adquirir determinado direito assegurado em lei, uma vez que circunstâncias, *alheias* à vontade do agente, a isso conduzissem.

Como desde logo se vê, embora traduzindo, no fundo, ambas as noções, a idéia de uma faculdade, no primeiro caso, vale dizer, no da simples faculdade, para que um direito se concretizasse em prol do agente, indispensável seria a manifestação, objetiva, de um ato seu, de vontade.

Já no segundo caso, *id est*, no da mera expectativa, para a concretização do direito possibilitado, em lei, ao agente, necessário se faria, não um ato de vontade do próprio agente, mas o implemento de circunstâncias ou condições, *estranhas* à vontade do mesmo agente.

Exemplifiquemos, em primeiro lugar, com a faculdade.

Se uma determinada lei possibilita ao chefe de família, a partilha, em vida, de seus bens em proveito de seus herdeiros e se um suposto chefe de família que pensasse em levar a efeito tal partilha em vida não a tivesse concretizado, pelo menos até que uma lei nova sobreviesse, tornando-a já impossível, nenhum prejuízo, em realidade, teria experimentado.

E não o teria por isso: porque a mera faculdade não é um direito adquirido.

E o que não pode sofrer o impacto do efeito retrooperante da lei nova é, tão somente, o direito adquirido e, nunca, a mera faculdade.

Para que, na espécie, em direito se falasse, mistér se faria que, por um ato concreto de vontade, o suposto chefe de família houvesse, de fato, materializado num direito aquilo que, até então, não passava de simples faculdade.

O ato idôneo para a produção dêsse direito, na conformidade com a lei velha, ao império da qual se teria cristalizado, teria sido o fato, objetivo, da vontade do imaginado ascendente, e não o vago desejo seu, a sua vaga intenção.

E por isso mesmo é que, contra a lei nova, não poderia o moroso chefe de família do exemplo ministrado arguir o efeito retrooperante, o que só teria razão de ser se ela tivesse atingido um direito adquirido que, na espécie, inexistiu.

Imaginemos, agora, a hipótese de uma *spes juris*.

Se uma lei qualquer propicia a um suposto sobrinho, herdeiro único de um tio rico, solteirão, sem ascendentes ou descendentes e irmãos, o direito de recolhimento futuro, *causa mortis*, dos bens dêsse mesmo tio e se, antes do passamento do tio, uma lei nova surge que exclui da ordem de vocação hereditária os sobrinhos, nenhum direito poderia invocar, tal sobrinho, contra a lei nova.

E não o poderia porque para que êle fôsse considerado, no caso, titular de um direito aos bens de seu tio, mistér se faria que, antes, como *conditio sine qua non* para tal direito, a morte do tio tivesse tido lugar.

A morte do tio, no exemplo dado, teria sido o fato idôneo, reclamado pela conceituação de GABBA, para que se configurasse o direito do sobrinho ao recolhimento de herança.

Antes de tal fato, para o qual não se fazia necessária a vontade do sobrinho mas que se achava na dependência de um fato a ela estranho, teríamos pela frente uma simples expectativa de direito, um simples *spes iuris*, um mero direito em potência, na terminologia tomística ou um simples direito *in fieri*, para nos utilizarmos de um modo de se expressar tão do gôsto de FILOMUSI GUELFÍ.⁴⁶

E o direito *in fieri* ou em potência, a *spes juris* ou a simples expectativa, tudo pode ser em essência, menos um direito adquirido.

E, repetimo-lo, pela teoria da não retroatividade da lei, o que não pode ser alcançado pelo império da lei nova é exclusivamente o direito adquirido e, jamais, as simples faculdades ou as meras expectativas.

46. FILOMUSI GUELFÍ (Francesco), *Enciclopedia Giuridica*, 7ª ed. Napoli, § 32, pág. 11 e sgts.

E já agora então melhor se pode perceber, com maior precisão, no que consiste o direito adquirido para a teoria de GABBA, direito adquirido êsse (e não a simples faculdade ou a mera expectativa) contra o qual não incidiria por expressas disposições constitucionais em alguns países (Constituição brasileira, americana de 1787, francesa de 1795, norueguesa de 1814, mexicana de 47-48) e pela legislação ordinária, em muitos outros (Brasil, França, Itália, Bélgica etc.), o efeito retrooperante da lei nova.

Apresenta-se, então, assim, a teoria de GABBA, como das mais perfeitas ou, pelo menos, das mais satisfatórias, a ponto de haver entendido PORCHAT que, depois da obra de GABBA, “nada se tem escrito de melhor sôbre a matéria,⁴⁷ opinião secundada por ALESSANDRI RODRIGUEZ e SOMARRIVA UNDURRAGA quando afirmam ter sido GABBA o mais brilhante defensor e o mais perfeito elaborador da teoria na sua obra mestra, *Teoria della Retroattività delle Leggi*.⁴⁸

CRÍTICAS À TEORIA DE GABBA — Não obstante tudo, porém, tal teoria, a de GABBA, também conhecida como a teoria clássica, tem sofrido ataques por parte de insignes juristas.

E as críticas contra ela alinhadas, poderiam se resumir, no que apresentassem de mais substancial, deixadas de lado objeções de menor valia, no seguinte:

1º) Que seja exclusivamente patrimonialista, não compreendendo em seu bôjo aquêles direitos outros, muitos, de conteúdos não econômicos, apontados, dentre êsses, os direitos relacionados com a família.

2º) Que distinguindo entre os chamados direitos adquiridos de um lado e, do outro, as expectativas, a fim de fazer subtrair os primeiros ao efeito retrooperante da lei nova, deixou, contudo, de estabelecer, na linha fronteira, uma

47. PORCHAT, *Da retroatividade das Leis Civis*, cit., nº 8, pág. 10.

48. ALESSANDRI RODRIGUEZ Y SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de Derecho Civil*, Santiago, 1945, nº 340, pág. 252.

delimitação precisa, de tal modo que, muita vez, não se fica sabendo ao certo se aquilo que se tem pela frente é um direito adquirido ou uma simples expectativa.

3º) Teriam sido excluídos da teoria clássica aquêles atos, ditos complexos ou continuados, muitos dos quais se realizariam ou se completariam já na vigência da lei nova.

Teriam razão os opositores de GABBA ?

Em parte, talvez sim. Na maior parte, não.

Certo é que GABBA, ao conceituar o direito adquirido, deu-lhe, com efeito, um caráter acentuadamente patrimonialista. E tanto é certo isso e tão justificada a objeção que PORCHAT, um dos grandes entusiastas da doutrina clássica, procurou remediar, nessa parte, a postulação de GABBA, complementando-a.

E assim é que, após haver decomposto, nos seus elementos integrantes, o conceito de direito adquirido do mestre e tendo em vista o final dessa mesma conceituação, ali onde se dizia que o direito adquirido entraria “imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu”, prosseguiu: “Esta definição, desde que seja completada com esta frase final, que lhe oferecemos em aditamento — “ou constitui o adquirente na posse de um estado civil definitivo” — encerra todos os característicos distintivos do direito adquirido”.⁴⁹

E para obviar exatamente a êsse inconveniente ou a êsse caráter estritamente patrimonialista, restritivo, da conceituação de GABBA, foi que surgiram as correntes doutrinárias, ditas objetivas, de um BONNECASE e de um ROUBIER.

Falam êsses autores não em direito adquirido, mas em situações jurídicas subjetivas, de significação mais genética e abrangentes, não apenas das puras situações de natureza exclusivamente econômica, como também daquelas outras, não

49. PORCHAT, *Da Retroatividade das Leis Civis*, cit., nº 14, págs. 14-15.

econômicas, como, *v. g.*, as situações do estado de filho, de espôso, de pai, de tutor etc.

No que tange, porém, à assertiva de falta de precisão na linha delimitadora dos direitos adquiridos e das simples expectativas, quer parecer que as observações feitas a GABBA devam ser recebidas *cum grano salis*.

Se é certo que em muitas hipóteses da chamada zona cinzenta ou fronteira isso efetivamente se verifica, não menos certo é, contudo, que tais casos podem ser considerados isolados e em número diminuto.

Um dos poucos exemplos que, com vistas a isso, se costuma apontar, é aquêlê relacionado com o conflito das leis determinantes de maioria.

Se a lei nova eleva de 20 para 25 anos os limites da maioria, nada dispondo, em caráter transitório ou de adaptação, *quid juris* com referência àqueles que, sob o império da lei revogada, já tenham atingido as idades entre 20 e 25 anos ?

GIANTURCO e WINDSCHEID opinam, na espécie, por que se tenha pela frente um caso de simples expectativa donde, como consequência, a lei nova teria efeito retroativo.

Para outros, no entanto (REGELSBERGER, GABBA, SAVIGNY), estaríamos, na hipótese, em face de um vero direito adquirido que, por isso mesmo, deveria ser respeitado pela lei nova.

Mas tais fatos, excepcionais, não infirmam os princípios da teoria clássica.

São casos esporádicos, como se disse e que não podem, por isso mesmo, anular a regra maior, exata em sua linha de princípio.

Não teria, assim, a objeção, a gravidade que lhe emprestaram VAREILLES-SOMMIÈRES, PLANIOL, ROUBIER, COLIN ET CAPITAN e outros mais, de molde e se concluir, como o fizeram, pelo caráter nada prático da diferenciação entre o direito adquirido e a expectativa.

A regra seria válida para a esmagadora maioria das hipóteses, oferecendo dêsse modo, vantagens múltiplas e concretas.

E se exceções existem, consubstanciadas em casos de imprecisão entre uma e outra hipóteses na zona cinzenta, não se poderia admitir que, só por isso, em nome de um *minimum*, se pusesse abaixo aquilo que, na espécie, se erigisse num *maximum*.

E então, como falou JOSSERAND,⁵⁰ se é de todo em todo impossível, aí, traçar-se uma linha clara, definitiva, de separação, *ne varietur*, não se haveria de concluir, por isso, que essa linha fôsse apenas quimérica.

A distinção, no caso, seria mera questão de tato ou de matizes. E dessa maneira, então, e nessas hipóteses, a regra a seguir-se seria, não a pregação da derrocada do princípio, bom e útil em si, mas apenas a prática de métodos de hermenêutica, e na qual não se olvidasse o exame do alcance da regra de não retroatividade, sua razão de ser, etc.

Finalmente a arguição de que os atos ditos complexos ou continuados tivessem ficado excluídos do âmbito da teoria clássica parece não apresentar a consistência de uma objeção fundada.

GABBA não se omitiu quanto ao assunto. E a essa objeção respondeu êle fazendo distinções.

Primeiramente entendia que, em casos que tais, haveria de se aperfeiçoar o ato quando a parte que lhe faltasse fôsse tida por infalível, devendo ter lugar de maneira *necessária*.

Na hipótese de que a parte sobejante do ato fôsse representada por uma condição cujo implemento não pudesse ser, de qualquer modo, obstado contra a pessoa em cujo prol se devesse consolidar o direito adquirido, o direito, também, deveria se aperfeiçoar.

E se a hipótese fôsse de simples desenvolvimento ou de simples transformação de um direito adquirido já anterior à época da transformação, a solução seria, igualmente, pela conservação do direito já adquirido.

50. JOSSERAND (Louis), *Derecho Civil*, trad. cast. de Cunchillos Y Manterola, B. Aires, vol. 1, tomo 1, nº 78, pág. 77.

Fora daí não se poderia aperfeiçoar ou completar o ato que, na sua parte realizada, poderia cristalizar apenas mera expectativa, eis que “não se pode admitir direito adquirido a adquirir um direito”.⁵¹

9 — À margem da teoria de GABBA, teorias outras vão surgindo sem que nenhuma delas tenha logrado efetivamente suplantiar a teoria clássica.

Dentre outras lembremos, em primeiro lugar, a de BONNECASE.⁵²

Esse autor fala em *situação jurídicas* (abstratas e concretas), evitando a expressão direitos adquiridos.

Sua teoria pertence ao grupo daquelas chamadas objetivas e que têm por escôpo procurar através, não dos direitos adquiridos, mas das *situações jurídicas*, de conteúdo mais amplo e menos singularizado, resolver aquêles casos de dúvidas surgidas com a teoria clássica, na qual os direitos não patrimoniais, tão tuteláveis quanto os mais, em face dos efeitos retrooperantes da lei nova, parece que foram relegados ao abandono.

De acôrdo com BONNECASE, as situações jurídicas, ditas concretas, não estariam jamais sob o influxo da lei nova, o mesmo já não acontecendo com as chamadas situações jurídicas abstratas.

Tal teoria não passa de um satélite da teoria clássica. Nela se abebera e dela diverge em ponto restrito, com o objetivo apenas de preencher-lhe uma lacuna.

A teoria de ROUBIER que tanto entusiasmo tem despertado entre os juristas contemporâneos é a mesma que acabou por ser esposada pelo Anteprojeto de reforma do Código Civil de França em seus artigos 22 a 28.

É também teoria do grupo das objetivas.

Deixa de lado o direito adquirido, de cunho restrito, para se ater, também, às situações jurídicas, de âmbito alargado.

51. *Apud* PORCHAT, ob. ob. citada, nº 20, pág. 22.

52. JULIEN BONNECASE, *Précis de Droit Civil*, 1938, vol. 1.

Como regra geral estatui que a lei nova não tenha efeito retroativo, dispondo apenas para o presente e para o futuro.

Sob o império da lei nova cairiam, assim, aquêles efeitos todos, presentes e futuros das situações pretéritas (no que se distanciaria de GABBA), admitindo, no entanto, ROUBIER, para tal regra geral, exceções, inclusive as relativas à classe ampla dos contratos concertados sob o império da lei antiga.

Busca solucionar, nas suas regras, a hipótese dos atos complexos e prevê, casuísticamente, quanto a determinadas normas de processo, prescrição, etc.

Não obstante o acolhimento que vem tendo, não se vê no que possa ser superior, em conjunto, à teoria clássica.

Talvez tenha estabelecido, sôbre a teoria de GABBA, um progresso, ao substituir a noção, subjetiva, do direito adquirido, pela noção, objetiva, da situação jurídica, com isso evitando a crítica, severa e justificada, como já vimos, suscitada contra a teoria clássica.

Quanto à inovação outra, no entanto, da aplicação imediata da lei nova aos efeitos presentes e futuros das situações pretéritas, não vemos melhoria efetiva sôbre a teoria de GABBA, mesmo porque tal regra chega a ser quase infirmada pelas numerosas exceções que apresenta.

Além do mais, alcançando como alcança, diferentemente do que na teoria clássica se verifica, os efeitos presentes e futuros das situações pretéritas, não nos parece que tenha adotado critério mais justo.

SIMONCELLI, pelo visto, foi o pai da teoria separatista das leis. ⁵³

Para êle as normas de direito público ou cogentes podem retroagir sempre. As de direito privado, não.

GABBA nega a diferenciação entre normas de direito público e de direito privado para fins de retroatividade ou não da lei, pelo que, frente à GABBA, tal teoria seria de rejeitar-se.

53. SIMONCELLI (CVicenzo), *Sui limiti della Legge nel Tempo*, (studii di dir. in o. de V. Scialoja), 1905, vol. 1, pág. 382.

O fato, porém, fôrça é confessar, é que a regra de que não exista direito adquirido contra as leis de ordem pública vai se generalizando mais a mais.

VICENTE RÁO enuncia uma teoria que se poderia proclamar híbrida, associando ROUBIER a SIMONCELLI,⁵⁴ assim como RUGGIERO que, numa concepção curiosa, busca irmanar o mesmo ROUBIER a LASSALLE.⁵⁵ Mas o hibridismo nunca produz bons frutos.

10 — Do exposto à uma conclusão se poderia chegar desde logo: à de que aqui, no terreno da irretroatividade das leis, como, de resto, no campo das demais instituições jurídicas em geral, a perfeição seria utópica.

O Direito é contingente quanto a própria vida e quanto o próprio Homem.

Admitir-se-iam, aqui, os princípios, mas, ao lado dêles, também as exceções, tal como fizeram GABBA, ROUBIER e outros mais.

Ao ensêjo, de invocar-se seria a fala de JHERING, quando instado a se explicar com relação à conseqüência, verdadeiramente esdrúxula, a que se poderia chegar com a aplicação dos princípios de sua teoria possessória no caso do ladrão que, por ela, acabava por ter sua posse tutelada contra a posse do próprio dono.

Teria, então, respondido JHERING, afirmando que, no caso, se estava apenas em face de uma conseqüência má de um bom instituto.

Como, no Direito, a perfeição continua ainda pelas alturas da estrêla polar a que se refere STAMMLER, balisadora apenas do simples ideal,⁵⁶ teríamos então que pesar, em cada hipótese,

54. VICENTE RÁO, *O Direito e a Vida dos Direitos*, cit., vol 1, tomo II, nº 293, pág. 450.

55. Apud VICENTE RÁO, ob e vol. citados, nº 287.

56. STAMMLER (R.), *Tratado de Filosofia del Derecho*, trad. cast. de W. ROCES, Ed. Reus, Madrid, 1ª ed., 1930, pág. 4.

à maneira dos contabilistas, todos os prós e os contras de uma teoria, seu ativo e seu passivo.

E se, do confronto, vantagens resultassem preponderando sobre as desvantagens, então teríamos pela frente um bom instituto. Na hipótese contrária, um mau instituto.⁵⁷

Aplicando-se o método à teoria clássica, de GABBA, relativamente à não retroatividade das leis, veríamos que se trata de uma boa, senão mesmo excelente, teoria.

Em verdade PLANIOL sempre considerou o problema do conflito das leis no tempo uma das mais intrincadas questões de direito (*un des points les plus mal élucidés*).⁵⁸

E alguém foi mais longe: supô-lo insolúvel.⁵⁹

E pedir-se à Ciência uma regra fixa como guia seguro de aplicação ao caso da irretroatividade das leis seria simplesmente temerário, falou DEMOLOMBE.⁶⁰

O próprio GABBA não teve a veleidade de haver formulado uma teoria perfeita, advertindo que sua teoria estava longe de poder constituir-se num verdadeiro corpo ordenado e completo de doutrina.⁶¹

E enquanto VON TUHR considerava que até o presente ainda não se logrou obter para a teoria um princípio convincente,⁶² asseverava, a seu turno, ROUBIER não existir e nem poder mesmo existir, na questão, uma regra única.⁶³

57. JHERIN (Rudolf von), *La Posesión*, trad. cast. de POSADA, 2ª ed., Madri, ed. Reus. Lê-se a fls. 94, *in alto*, que "*El valor práctico de una institución no está determinado por la circunstancia de que no presenta más ventajas, sino por el balance entre las ventajas y las desventajas, y la preponderancia de las primeras*".

58. PLANIOL, *Traité. Élé. de D. Civil*, citado, vol. I, pág. 94.

59. Apud PACE em *Il Diritto Transitório*, pág. 5.

60. DEMOLOMBE, *Cours du Code Napoléon*, vol. I, nº 93.

61. GABBA, ob. cit., vol. 1, cap. V., pág. 125.

62. VON TUHR (Andreas), *Derecho Civil — Parte General*, trad. cast. de TITO RAVÀ, Ed. Depalma, B. Aires, 1946, vol. 1, t. 1, pág. 31. Escreveu aí o autor: "*Considero que no se ha conseguido, hasta hoy, construir un principio convincente, y que además no parece realizable en una materia como esta, dominada por rotivos de utilidade práctica*".

63. Cfr. PACE, ob. cit. pág. 5.

E tudo relembra SEGOVIA que tinha por perigosas, em direito, as conclusões absolutas.⁶⁴

O relativismo seria, então, assim, a norma em matéria de teorias jurídicas.

E se dêsse defeito insito padecem tôdas as construções em tôrno da teoria de não-retroatividade das leis, pode-se afirmar, contudo, que a mais racional, não obstante, a mais satisfatória e a mais credenciada é, ainda, a teoria de GABBA, dita, também, a teoria clássica, ou do direito adquirido.

Além do mais, para nós outros, do Brasil, é a teoria que merece acolhida, quando por mais não o seja, pelo só fato de haver sido a que foi consagrada por nossa legislação, inserindo-se na Magna Carta, art. 153, § 3º, *in verbis*:

“A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

e, ainda, no Código Civil, na introdução, cujo art. 6º assim se inscreve:

“A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitadas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

11 — ROUBIER, GABBA e quantos trataram da teoria da não-retroatividade das leis, viram-se obrigados a admitir, ao lado dos princípios, as exceções.

Em um assunto da natureza dêsse dos conflitos das leis no tempo, dominado por motivos de ordem prática, como falou VON TUHR, o logismo absoluto na aplicação dos princípios puros poderia levar a graves injustiças e iniquidades.

E daí a razão de ser das exceções, quase sempre dizendo respeito a normas de direito cogente ou de ordem pública, relativamente às quais geralmente se admite que não existam

64. SEGOVIA, *Código Civil de la República Argentina*, vol. 1, página XIX.

direitos adquiridos e, pois que, como via de consequência, poderiam ter efeitos retrooperantes.

GABBA não acolhia, em tese, diferenciação entre leis de ordem pública e leis de direito privado para os fins de aplicação de sua teoria.

No entanto se apresenta, quanto às leis de ordem pública, um singular aspecto, falou PORCHAT.

E tal singular aspecto consistiria em que nas relações jurídicas oriundas de normas de direito público, os indivíduos, em geral, são submetidos a públicas exigências das quais não brotam, com facilidade, os direitos adquiridos, de índole marcadamente privada.

E daí, conclui o professor paulista, o motivo pelo qual geralmente se diz que “as leis concernentes ao interêsse público ou político se aplicam imediatamente, com efeito retroativo.”⁶⁵

E isso, de resto, plenamente se justifica.

Se um dos fundamentos ou pressupostos maiores da vedação dos efeitos retrooperantes da lei reside no anelo de segurança jurídica, de boa paz social e do próprio bem-comum na parte atinente a cada cidadão, que dizer-se da hipótese de um conflito entre os interêsses singulares, privatísticos, do indivíduo e os da própria coletividade mesma, vale dizer, do maior número e, via de regra, representados pelas leis de ordem pública ?

Em tal conjuntura, *minima de malis*. Dos males o menor.

E se é um mal, e grande, o efeito retroativo da lei para alcançar o indivíduo em seus interêsses particulares, mal maior seria que, no entrechoque entre êsses interêsses particulares do indivíduo e aquêles outros, superiores, de tôda uma coletividade inteira, admitido fôsse que aquêles superassem êstes, apenas por amor à regra da não retroação da lei.

Essa razão ou motivo pelo qual e, dentro, ainda, dos princípios da socialização jurídica, hoje imperantes em todos

65. PORCHAT, *Da Retroatividade*, cit., pág. 69, nº 61.

os setores do direito,⁶⁶ já se admite agora, hodiernamente, sem objeções maiores, a regra de que não há direitos adquiridos contra as chamadas leis de ordem pública.

E como consequência disso, é que nos deparamos com tôdas essas exceções, as "aparentes exceções" a que se refere FRANZEN DE LIMA,⁶⁷ alinhadas pelos tratadistas contra o princípio de não-retroatividade da lei.

E com a indicação, abaixo, de alguns dêesses casos de exceções, damos por terminada a presente exposição sobre o assunto.

1º) Retroagem sempre as leis constitucionais e políticas (HUC, BEVILÁQUA, LAURENT, AUBRY ET RAU, BARBALHO, SALVAT, MACHADO, INIGUEZ, BENTO DE FARIA etc.) .⁶⁸

2º) Retroagem igualmente as leis administrativas (mesmos autores citados anteriormente e mais, ainda, VICENTE RÃO) .⁶⁹

Quanto aos simples atos administrativos, diz-se que podem ser revogados sempre que nisso tenha interêsse a Administração, sem contudo, haver prejuízos para os interessados que receberiam indenizações (OROSIMBO NONATO, GASCON Y MARIN, ZANOBINI, VELASCO) .⁷⁰

3º) Retroagem as leis de processo, notadamente as de organização judiciária e de competência (GARSONNE, COVIELLO, STOLFI, DELACOUR, DE VILLENEUVE, RIBAS e outros) .⁷¹

66. Sobre a socialização, vide S. TOMÁS DE AQUINO, *de Regimine Principum*.

67. FRANZEN DE LIMA, *Curso*, cit., vol. 1, pág. 88.

68. Cfr. BENTO DE FARIA, *Aplicação e Retroatividade da Lei*, ed. A. C. Branco, Rio, 1934, nº 8, pág. 25.

69. VICENTE RÃO, *O Direito e a Vida dos Direitos*, cit., nº 297, pág. 452.

70. Cfr. VICENTE RÃO, ob., cit., nota 312, pág. 452.

71. Cfr. BENTO DE FARIA, *Aplicação e Retroatividade*, cit., nº 9, pág. 32.

4º) Retroagem as leis penais, mas apenas quando beneficiam o réu. ⁷²

5º) As leis atinentes ao estado e capacidade das pessoas têm aplicação desde logo, ressalvados, contudo o estado e capacidade já adquiridos sob o regime da lei antiga, consoante VICENTE RÃO (ob. cit.), SAVIGNY, GABBA. E sem a ressalva, no entender de GIANTURCO e WINDSCHEID, que nas situações pretéritas apenas enxergavam simples expectativas.

6º) Relativamente aos direitos de família a lei nova apenas retroage no que diga respeito aos direitos pessoais puros e não com referência aos direitos pessoais relativos, ou patrimoniais. ⁷³

7º) No tocante às leis interpretativas, ter-se-ia de apurar, primeiramente, se elas são consideradas leis novas, ou não.

Na primeira alternativa, lugar não haveria para o efeito retrooperante da lei. Na segunda sim, eis que lei interpretativa e lei interpretada, por presunção, formam um corpo único.

8º) No caso da prescrição, “pululam as divergências”. ⁷⁴

Consoante alguns autores, aplica-se desde logo a lei nova quando o prazo prescricional vem, nela, dilatado, computando-se, porém, o lapso de tempo já fluído sob o império da lei antiga.

Se, no entanto, o prazo é encurtado de molde a se ter a prescrição consumada antes ou até a data da lei nova, não. Em tal hipótese o novo lapso de tempo prescricional começaria a correr, por inteiro, a partir da lei revogadora. ⁷⁵

SAVIGNY, no entanto, discorda dessa contagem, por inteiro, do prazo de prescrição da nova lei, a partir de sua data. Entende que, na espécie caberia ao prescribente a escolha entre

72. *Const. Federal, brasileira*, art. 141, § 29.

73. Cfr. VICENTE RÃO, ob. cit., nº 301, pág. 459.

74. *Apud* CARLOS MAXIMILIANO, *Direito Intertemporal*, cit., nº 213.

75. Cfr. BENTO DE FARIA, ob. cit., nº 71, pág. 151.

completar o tempo constante das disposições da lei revogada, ou começar de novo a contagem segundo as disposições da lei revogadora. ⁷⁶

Em contrário a SAVIGNY, é a solução propiciada pelo art. 19 do Código Civil Suíço, com os aplausos, aliás, de PLANIOL ⁷⁷ e TROPLONG ⁷⁸ e que consistiria em mandar contar o lapso de tempo proporcionalmente ao que consta de antiga e nova normas.

9º) As leis que extinguem insitutos jurídicos ⁷⁹ ou que restabelecem o direito natural e reparam os direitos imprescritíveis da humanidade (abolição da escravidão por exemplo) entram a vigorar desde logo. ⁸⁰

76. SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano*, cit., vol. VI, § 391.

77. PLANIOL, *Traité*, cit., nº 248.

78. TROPLONG, *Droit Civil Expliqué, De la Prescription*, vol. II, Paris, 1857, nº 1092, pág. 684.

79. FRANZEN DE LIMA, *Curso*, cit., vol. 1, pág. 89.

80. JUSTINO DE ANDRADE, *apud* PORCHAT, ob. cit. nº 39, págs. 46-47.