

O Problema da Irretroatividade das Leis

ARNOLD WALD

INTRODUÇÃO

O PROBLEMA da retroatividade das leis ultrapassou os quadros já muito amplos do campo jurídico tendo transitado pelo domínio filosófico, moral e político.

Sabemos que o princípio da irretroatividade da lei, que já era discutido em Roma, especialmente no dominato, foi confirmado pela Magna Carta, no seu artigo 39, só se tornando todavia princípio constitucional universalmente reconhecido depois da Revolução Francesa.

Sendo, pois, uma conquista do liberalismo, volta a ser atacado no momento em que é abalado o regime que o firmou e que o aceitou como alicerce. Efetivamente, os códigos nazistas e soviéticos rejeitam-no, estabelecendo os primeiros o *Führer prinzip* segundo o qual "Das Gesetz ist Plan und Wille des Führers" e "Gesetz ist was der Führer befiehlt", e considerando os segundos, como crime, "tôda ação ou omissão dirigida contra o Estado Soviético e contra a ordem jurídica estabelecida pelo govêrno de operários e camponeses como transição para o comunismo" (artigo 6.º do Código Penal Soviético de 1922).

Aliás, a própria doutrina tende a aderir a novos princípios, como o mostram os trabalhos de Binding, de Mezger e, entre nós, de Roberto Lira.

Na realidade, o problema da retroatividade da lei é uma questão essencialmente política.

Em todo caso, se, na palavra do Cardeal Newman, "só podemos definir uma doutrina quando ela foi violada", podemos tentar esboçar uma teoria da retroatividade da lei.

Há, de fato, dois princípios fundamentais que se enfrentam, se antepõem, ambos aceitáveis e necessários. A segurança coletiva, a ordem jurídica exigem que a lei nova não alcance os fatos que lhe são anteriores. Mas o legislador tem o dever de melhorar as leis, de realizar o progresso no sentido da equidade e da justiça.

Duas são as finalidades do Direito: a justiça e a segurança. E muitas vêzes entram em conflito. A justiça exige a punição dos criminosos. A segurança quer que o direito seja "um arquipélago de ilicitudes" (Soler).

A norma jurídica é, ao mesmo tempo, preventiva e repressiva, norma de conduta e norma de

composição dos conflitos. Ora, como norma de conduta, como norma preventiva — e tal é o caráter que a política criminal tende de mais em mais a dar à lei — a norma jurídica deve preceder a infração.

Como o diz Gabba, no primeiro volume do seu livro sobre a retroatividade das leis, devemos constatar dois fatos:

1.º Não se pode negar a uma lei nova tôda retroatividade. A lei nova deve ter alguma influência sobre as conseqüências ulteriores do fato, ou da relação de direito, que se deu na vigência da lei anterior, isto por motivo do progresso social que se impõe gradualmente e não por saltos, por evolução e não por revolução.

2.º Não se pode sujeitar totalmente à lei nova os efeitos posteriores à lei de atos anteriores a ela porque, pensa Gabba, citando Benjamin Constant, o cidadão, observando a lei, adquire certos direitos de acôrdo com o pacto social.

Há pois casos em que a hegemonia pertence a um ou a outro desses dois princípios, segundo predomina o interêsse de defender o bem comum, o bem-estar da coletividade e a justiça social, ou então, a segurança individual, o direito adquirido.

Nos regimes individualistas, nos regimes liberais, nos países dominados pelo mercantilismo, aceita-se o princípio da irretroatividade da lei vendo-se nêle "the keystone of liberty".

Nos países de economia fechada, predominando o interêsse social e sendo-lhe subordinado o indivíduo, quando o hiperestatismo restringe, limita e aniquila a personalidade humana, quando a liberdade é substituída pela autoridade, quando o direito público supera o direito privado e o Estado é onipotente, não mais se reconhece o princípio da irretroatividade da lei.

Esta luta, êste antagonismo entre as duas concepções entre as doutrinas socialistas e individualistas, nos faz compreender o descrédito em que está caindo ultimamente a doutrina da irretroatividade da lei.

Efetivamente, estamos num mundo de transição, de instabilidade, num mundo em conflito, em evolução. Passou-se do direito privado ao direito público, da economia aberta à economia fechada, do mercantilismo à autarquia, do "laissez faire, laissez passer, ne pas trop gouverner" ao Estado absolutista. O estatuto substituiu o con-

trato. Não bastava mais o acôrdo das vontades. Surgiu o contrato coletivo, o contrato regulamentado, o contrato forçado, o contrato dirigido. A vontade das partes foi sendo modificada pela lei e a instituição e o plano começaram a dominar o direito moderno. No domínio da responsabilidade civil, o risco veio ocupar o lugar da culpa e firmou-se a doutrina objetivista de Saleilles e Josserand. Operava-se uma transformação geral do pensamento. O racionalismo individualista do século XIX desaparecia. Eram Nietzsche, Bergson, William James os novos deuses da filosofia. A psicologia coletiva, desenvolvida por Le Bon, entrava em conflito com a psicologia individual. A sociologia vencia a interpsicologia. O indivíduo desaparecia vencido pelo grupo. O indivíduo, a vontade individual perdiam o seu prestígio. A dignidade humana tornava-se uma noção caduca. "Retornou-se à penumbra da Idade Média. A liberdade cedeu o passo à autoridade". Passou-se, escreve Nelson Hungria, da excessiva liberdade à escravidão, da lei da *jungle* à lei da senzala. Era natural, neste caso, que o princípio de irretroatividade da lei deixasse de constar dos códigos e das cartas, pois constituía, na palavra de Carnelutti, "as colunas de Hércules do Direito". Mas de que direito? Do direito individualista, do direito do Estado liberal, do direito mercantilista, do direito inspirado nas concepções dos jurisconsultos romanos, do direito romano que por três vêzes dominou o mundo, segundo o testemunho de Ihering. Ora, hoje em dia, assistimos à desagregação deste direito. Assistimos a uma evolução no decorrer da qual o indivíduo deixa de ser o único sujeito de direito; torna-se sujeito de direito a família, a classe, o grupo social. A vontade individual só tem papel supletivo de mais em mais limitado.

Estamos numa época de grandes reformas em que só se pode desprezar o interêsse individual.

Talvez não seja por mera coincidência que, ao mesmo tempo que Spengler assinala a decadência do ocidente, Ripert intitula um dos seus livros: *Le declin du Droit*.

A civilização ocidental, herdeira da Grécia, de Roma e do Cristianismo, baseou-se nos princípios individualistas, que já vamos encontrar na Bíblia mas que decorrem também, em parte, das concepções mecanicistas de Pitágoras e dos seus discípulos e da noção religiosa de dignidade humana, princípios êstes reafirmados pela Revolução Francesa.

A civilização ocidental foi uma civilização mercantilista, sendo pois individualista e liberal. E o direito cujo declínio é apontado por Ripert é êste direito civil, clássico, êste direito cujos alícerces são a responsabilidade individual, a onipotência da vontade do indivíduo, a não intervenção do Estado, a irretroatividade da lei.

Mas surge hoje um direito novo, o direito de grupo. Voltamos em parte às corporações da Idade Média. A pessoa jurídica, a instituição são dados imediatos para o direito contemporâneo. Desenvolve-se o direito público, o direito administrativo. O direito comercial quase que se con-

fundia para os homens do século XVIII com o direito natural, na expressão de Sorel. Atualmente, com a centralização econômica, com a transformação da técnica, com a socialização dos meios de produção, o direito comercial tende a ser substituído pelo direito administrativo. O indivíduo perdeu o valor intrínseco que lhe deram os estóicos, a Igreja, a Revolução Francesa. À concepção atomista, opôs-se a concepção orgânica. Aristóteles substituiu Rousseau. No comêço estava a sociedade e não o indivíduo. A pessoa jurídica, isto é, a personalidade coletiva, é a originária, pensa Sternberg; o grupo teve direitos antes do indivíduo, cuja personalidade legal corresponde a uma conquista relativamente recente. Em vez da teoria da ficção de Savigny, temos o organicismo de Gierke. O direito vem a ser, na expressão de Burvitch, direito social. Começa a dominar a retroatividade da lei.

O princípio da irretroatividade da lei é pois uma noção histórica (Dorado Monteiro) e na história do pensamento assistimos ao conflito entre as duas correntes, a corrente individualista e a corrente socialista, firmando-se ora uma, ora a outra. Tal é o conflito perpétuo entre Aristóteles e Rousseau, a luta que continua sempre num eterno ciclo. Procurou-se todavia harmonizar as duas tendências opostas, conciliando-as numa teoria da retroatividade das leis que tanto valesse para as épocas individualistas como para os períodos de predomínio da sociedade sobre o indivíduo. Assim surgiram as teorias da retroatividade cujo histórico procuraremos esboçar.

II — Evolução histórica do conceito de irretroatividade até a Revolução Francesa

A) Em Roma, ainda na época republicana, conta-nos Aulu Gelle, nas suas *Noites Áticas*, que já se discutia acêrca da retroatividade das leis. E já Cícero atacava Verres por ter êste dado força retroativa ao seu edito, submetendo a uma disposição análoga à lei Voconia, testamentos que lhe eram anteriores.

No Principado, Paulo e Ulpiano manifestam-se contra a retroatividade que venha a atingir as *causae finitae*, considerando êles que podiam extinguir-se as causas seja pelo julgamento, seja pela transação ou pela prescrição.

No Baixo Império, Teodósio I enuncia, em 393, a regra segundo a qual "omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam ponant". Em 440, uma constituição de Teodósio II e Valentiniano III, conhecida sob o nome de *Regra Teodosiana* afirma que "leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari; nisi nominatim etiam de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit". E' interessante notar que esta regra obriga o juiz mas não o legislador. Vem ainda esta norma proibir o próprio efeito imediato da lei que importa, na realidade, em retroatividade média quando vem atingir os efeitos posteriores à lei de contratos que lhe são anteriores. Uma cons-

tuição de Anastácio ainda declara "cum conveniat leges futuris regulas imponere, non praeteritis calumniam excitare". Contudo, há na época diversas leis retroativas como a de Constantino de 320 ou a de Teodósio II de 424.

A irretroatividade vem todavia dominar a obra de Justiniano, sendo seu princípio reafirmado pela *Novela 22*. A *novela 66* declara que um testamento feito de acôrdo com a lei antiga conserva sua validade sob o regime da lei nova mesmo se o testador sobreviveu à promulgação desta. Mas uma constituição de 528 relativa à usura que baixava a taxa legal de 12% a 6% entrou em vigor imediatamente atingindo mesmo, segundo uma constituição posterior, os contratos anteriores à lei cujos efeitos seriam posteriores a esta lei.

Vemos, na diversidade dos princípios aplicados, que o legislador continuava livre podendo elaborar leis retroativas. Todavia o juiz estava prêso ao princípio da não-retroatividade, como não podia deixar de ser na Roma individualista. Mas, já então distinguia-se entre a *causa finita* e o já então pendente, negando-se a retroatividade máxima mas reconhecendo-se, em certos casos, o efeito imediato da lei.

B) Ao estudarmos as leis bárbaras, vemos que Visigodos e Lombardos também distinguiram entre *causae finitae* e *causae pendentes*. Mas, já agora o efeito imediato é o caso geral. Assim, no *Código de Receswind*, documento fundamental do direito visigótico, encontramos a seguinte idéia: "Queocumque causarum negocia incoata sunt, nondum vero finita, secundum has leges determinare sancimus. Illas autem, que jam juste determinate sunt, resuscitare nullatenus patimur."

A mesma idéia da intangibilidade da *causa finita* e do efeito imediato da lei atingindo a *causa pendente* vem a dominar a *lei Gambeta* no direito burgúndico, o *Edito de Rotaris* e as *leis Liutprand* no direito lombardo. Como havemos todavia de definir a *causa finita*? E' o que as leis bárbaras não explicam. Todavia a *Lex Romana Wisigothorum* lembra os modos de extinção dos litígios, a saber: a sentença definitiva e a transação.

C) No direito canônico, Gregório, o Grande, lembra, no século VI, a constituição de Teodósio, seguindo o seu exemplo, em 1230, Gregório IV. Há, todavia, numerosas leis retroativas no direito canônico, mas para explicarmos êstes dois aspectos da retroatividade em certos casos, da irretroatividade em outros, é preciso lembrarmos, com Roubier, a distinção que devemos fazer quando estudamos o direito da Igreja, entre o *jus divinum* e o *jus humanum*. Enquanto as disposições dêste não podem retroagir, as leis referentes àquele devem ser retroativas pois são, na realidade, leis interpretativas da vontade de Deus, vontade esta que sempre existiu, que sempre foi a mesma. Esta distinção, como o nota Roubier, terá, posteriormente, especial importância, já-então com caráter leigo, quando haveremos de distinguir o *jus gentium* ou direito natural do *jus civile* ou direito positivo. Nas ditaduras modernas, também encontraremos as mesmas idéias. Na Rússia, por

exemplo, como na Alemanha, as leis que correspondem aos interesses profundos do partido haverão de ser, elas também, retroativas.

A constituição de Alexandre III relativa à usura teve caráter retroativo. Sua retroatividade foi máxima, pois não só tinha efeito imediato, ou seja, não só atingiu os contratos firmados antes da lei cujos efeitos seriam posteriores a esta, mas ainda infirmou os atos jurídicos perfeitos anteriores à lei, obrigando restituição dos juros. Explica-se a retroatividade no caso, por corresponder a lei a uma norma considerada de direito divino. A terminologia mudaria mas a idéia ficaria. Hoje, classificariamos tal norma como sendo de ordem pública.

A constituição de Urbano II já condena a retroatividade, seu valor tendo sido apontado por Cujácio no seu livro *De Feudis*. A regra da irretroatividade da lei limita-se todavia ainda a prender o juiz e não o legislador.

D) Na Idade Média, glosadores e pós-glosadores estudaram os problemas da retroatividade, comentando a matéria Cino de Pistoia e Bartolo, Paulo de Castro e Baldo, João e Alexandre de Imola entre outros. Dois livros da época merecem especial destaque, sendo seus autores de *Belviso* e *Fellinus Maria Sandaeus*.

Datam êstes livros do século XIV e do século XV respectivamente. Introduzem os juristas da Idade Média uma nova noção, é o conceito de "*negotium decisum*" que vai substituir a *causa finita* e será o novo limite a se opor à retroatividade. *Negotium decisum* é, na palavra de Bartolo, "quod est finitum transactione, sententia, solutione, juramento, quietatione, praescriptione et similibus modis". Mas ao conceito de *negotium decisum* substitui-se o *jus quaesitum* e talvez haja, nestas mudanças de terminologia, um verdadeiro ciclo, pois êstes mesmos conceitos haverão de voltar e hoje ainda, na técnica jurídica moderna, falamos em *jus quaesitum*, ou seja, em direito adquirido, em *negotium decisum*, em coisa julgada. Ao *jus quaesitum firmum*, expressão esta que ainda surge no tempo de Bartolo sem que se saiba ao certo qual foi o primeiro jurista que a empregou, vem opor-se o *jus existens in spe non autem firmiter quaesitum* que virá a ser a faculdade, a expectativa, surgindo desta distinção tãda a teoria do direito adquirido.

Mas a noção de *jus quaesitum* não deixa de ser muito vaga, como ainda o é hoje o conceito de direito adquirido. Considera-se *jus quaesitum* por exemplo o direito do legatário quando ainda vivo o testador. Não constitui direito adquirido no justo sentido da palavra. Mas o conceito era novo e por isso parecia fecundo. Efetivamente, os jurisconsultos romanos tinham falado de *Facta praeterita aut pendencia* ou então de *causae finitae* e de *causae pendentes*, mas sempre ficaram no terreno do fato e não do direito. O conceito de *jus quaesitum* é que vai levar o problema da retroatividade para o campo jurídico. Diz Affolter, citado por Roubier, que "das romische intertemporale Privatrecht operiert mit facta praeterita

oder negotia praeterita, aber nicht mit jura quaesita". A própria noção de direito subjetivo era estranha para os juristas romanos. E' o que assinala Duguit. Agora, deixa de importar apenas o fato, pondo-se em relêvo o direito, o interêsse.

E' ainda na Idade Média que surge o conceito de ato jurídico perfeito que havia de adquirir últimamente tão grande importância, dominando até a nossa atual lei de introdução. A distinção essencial entre o *actus perfectus* e o *actus praeteritus nondum finitus* foi feita, entre outros, por João d'André, desenvolvendo-a Fellinus. O *actus perfectus* não pode ser governado pela lei nova, mesmo que seus efeitos sejam posteriores a esta lei. "Constitutio nova non includit actum de praeterito habentem executionem de futuro". O *actus praeteritus nondum finitus* é aquêlo que só atingirá sua perfeição graças a um fato futuro, sendo pois parcialmente subordinado à lei nova. Assim, no *actus praeteritus nondum finitus* devemos distinguir diversos elementos sucessivos, subordinados a leis diversas. E diz Fellinus, lançando fecunda teoria, que a lei nova não se pode aplicar aos fatos futuros que estão tão intimamente ligados aos fatos passados que, agindo sobre os primeiros, a lei atingiria os segundos. Assim, os fatos futuros que são conexos ou acessórios em relação aos fatos passados devem ser submetidos à lei antiga. A lei nova atingirá, ao contrário, os fatos futuros que, não obstante a ligação existente entre êles e os fatos passados, podem ser separados dêstes de tal modo que a aplicação da lei nova não prejudique os fatos passados. Esta regra passou a ter aplicação generalizada.

Com a transformação das condições econômicas e sociais, firmando-se o liberalismo, passou o princípio da irretroatividade a dominar as constituições, desenvolvendo-se a doutrina do direito adquirido. E' assim que encontramos na Constituição norte-americana o princípio de que "No bill of attainder or ex post facto law shall be passed" e a lei não poderá alterar as obrigações decorrentes de contrato anterior a ela. Novo impulso virá a ser dado a esta teoria com o Código Napoleão que estabelecerá que "la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet retroactif."

III — O Código Civil Francês e a doutrina de Savigny

Os critérios para obter-se um sistema de equilíbrio entre as necessidades de segurança e de reforma social haveriam de ser muitos; muitas as doutrinas da retroatividade. Savigny, dividindo as normas jurídicas em leis relativas à existência de direitos e em leis que tratam dos modos de aquisição de direitos, considerou que as primeiras deviam ser retroativas e que as segundas não deviam sê-lo. Lassalle e Gabba basearam suas teorias no direito adquirido que, para êles, é intangível. Laurent fundamentou-se na distinção entre direito e interêsse. Odilon Barrot e Regelsbergel pensaram que deve haver retroatividade quando as leis posteriores são mais favoráveis que as anteriores. Simoncelli julgou ser a retroatividade o

princípio dominante no direito público, prevalecendo a irretroatividade no domínio do direito privado. Coviello sustenta a irretroatividade quando os efeitos do fato anterior dependem exclusivamente da lei antiga, aceitando todavia a retroatividade nos casos em que há abolição ou mudança de configuração de um instituto jurídico.

Como vemos, numerosos são os critérios, numerosas as doutrinas, numerosos os esforços feitos para resolver êste problema fundamental do direito.

Todavia, destaca-se entre êles, não só pela solidez da doutrina, como pela aplicação que geralmente teve em todos os códigos e constituições, a teoria do direito adquirido.

A doutrina francesa do direito adquirido surge logo após a promulgação do Código Napoleão, que veio reafirmar a diferença entre o direito adquirido e a expectativa, diferença essa que já fôra apontada no fim da Idade Média. Os comentaristas do código civil francês limitam-se a focalizar esta distinção ao referirem-se ao artigo 2.º.

As definições de direito adquirido que surgem na época são numerosas e das mais variadas. Diz Merlin de Douai que "les droits acquis sont ceux qui sont entrés dans notre domaine, qui en font partie, et que ne peut plus nous ôter celui de qui nous les tenons". Tais são, por exemplo, os direitos que emanam de um contrato ou que derivam de um testamento, morto o testador. Opõe Merlin ao direito adquirido a faculdade, expressão esta hoje abandonada pela doutrina e substituída pela noção de expectativa. O que caracteriza o direito adquirido para Merlin é, como o vemos na sua definição, a irrevocabilidade, o que já vem dar novo sentido ao direito adquirido, pois considera êste jurista como direitos adquiridos os próprios direitos condicionais. Explica-se Merlin dizendo que nos direitos condicionais a condição suspende a execução do contrato mas "elle n'empêche pas que de ce lien, il résulte, dès à présent un droit acquis, en ce sens qu'il ne peut plus être rompu d'une autre manière".

No seu livro, *Questions transitoires sur le Code Napoléon*, Chabot de l'Allier desenvolve as idéias de Merlin, definindo o direito adquirido como "aquêlo que é irrevocavelmente conferido". Distingue Chabot de l'Allier entre direitos pessoais e reais, submetendo os primeiros, ou seja, a cidadania, a capacidade etc... à aplicação imediata da lei. Quanto aos direitos reais, distingue os direitos provenientes de contratos, sobre os quais a lei nova não pode retroagir, nem mesmo atingindo os efeitos posteriores à lei (não podendo haver nem mesmo retroatividade mínima, ou seja, efeito imediato da lei), dos direitos que têm sua origem na lei. Êstes, diz Chabot de l'Allier, devendo sua existência às leis que os estabeleceram, não podem conservar sua força e seu valor, senão enquanto perdurem as leis das quais decorrem, e a lei nova que ab-roga estas, ebole aquêles.

No seu *Essai sur ce qu'on appelle l'effet retroactif des lois* Blondeau, após ter dado a justi-

ficação filosófica da irretroatividade, define o direito adquirido ou efetivo, como é o denomina, como sendo aquêlo que começou a produzir vantagens reais. Lança Blondeau o termo "*attente*", que significa espera, dizendo que devíamos distinguir entre as "*attentes*" em que predominavam os motivos de segurança e nas quais não devia haver retroatividades e as "*attentes*" em que motivos poderosos exigem reformas imediatas e nas quais devia haver retroatividade.

Estas teorias, como as de Mayer e de Mailher de Chassat só têm valor e importância como prolegômenas que são das grandes teorias clássicas e especialmente das doutrinas de Savigny e de Gabba.

No 8.º volume do seu *System des heutigen römischen Rechts*, que data de 1848, estuda Savigny os conflitos da lei no tempo (capítulo 2.º p. 365 a 528). Devemos lembrar que, no começo do século XIX, dominavam na Alemanha tendências análogas às de Merlin de Douai e de Chabot de l'Allier. Escritores como Herrestorff (no seu livro *Ueber die rückwirkende Kraft der Gesetze* publicado em Dusseldorf em 1812) e Borst (no seu trabalho *Ueber die Anwendung neuer Gesetze auf früher entstandene Rechtsverhältnisse* publicado em Bamberg em 1814) definem o direito adquirido como um direito irrevogável. Mas com a reação contra o código francês que domina tôda a Alemanha, impelida pelo sentimento nacionalista, é ultrapassada a doutrina do direito adquirido. Spangenberg no seu *Commentar über den Code Napoléon* (Göttingen, 1810) já estudara a retroatividade baseando-se não mais nos *jura quaesita* mas nos *facta praeterita*. Distinguia êste jurista o ato perfeito cujos efeitos ainda não se deram na sua totalidade, submetendo, neste caso, o ato à lei anterior e os efeitos à lei posterior, do ato que ainda não é perfeito e no qual apenas a parte constituída antes da lei nova é subordinada à lei antiga. Nesta divisão em fases sucessivas, já vemos o germe de certas idéias que posteriormente haveriam de dominar a obra de Roubier, entre outras.

Vemos que há na realidade um ciclo, alternando-se as fases em que domina a terminologia dos *jura quaesita* ou dos *facta praeterita*. Efetivamente, se os romanos falavam em *causa finita* e os glosadores em *negotium decisum*, o direito adquirido, o *jus quaesitum*, ainda surge na Idade Média. Substituído pelo ato perfeito, o direito adquirido ressurgiu todavia com os comentadores do código civil francês. Spangenberg e outros jurisconsultos alemães voltam à terminologia dos *facta praeterita*. Mas, com Gabba, a doutrina imporia novamente a expressão direito adquirido. Modernamente, os códigos retornam ao ato jurídico perfeito. Não se tratará na realidade de um ciclo que depende de certa moda jurídica?

Mas voltemos à reação contra o direito adquirido que se manifesta especialmente nas obras de Weber (*Ueber die Rückanwendung positiver Gesetze*) e Bergmann (*Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatre-*

chte). Weber considera a teoria do direito adquirido como inútil e perigosa para a ciência do direito acusando Chabot de l'Allier de ter complicado sem razão o problema da retroatividade. Bergman e Weber inclinam-se para a teoria do efeito imediato da lei, aceitando pois a retroatividade mínima, que aliás êles não consideram como retroatividade.

Todavia é Savigny que vai esboçar uma teoria ampla e nova, distinguindo as regras relativas à aquisição de direitos e as normas relativas à existência de direitos. Destaca pois as *Gesetze welche den Erwerb (und Verlust) der Rechte betreffen* que não devem ser retroativas. Pode-se criticar Savigny por ter êle considerado como direitos adquiridos os direitos condicionais; mas isto se explica todavia pela irrevocabilidade que caracteriza para êle o direito adquirido, ao contrário da expectativa. A solução de Savigny era um pouco simplista não podendo abranger todos os casos. Para poder garantir a maioria obtida contra uma lei nova que elevasse a idade necessária para o indivíduo ser maior, foi preciso que êle considerasse a maioria como um direito adquirido, baseando-se no fato de ser a maioria obtida por meio de um reconhecimento do tribunal, constituindo êste reconhecimento da maioria, reconhecimento tácito e automático, um direito adquirido. Para preservar a validade dos contratos contra o efeito imediato da lei, Savigny teve que considerar como leis relativas à aquisição de direitos tôdas as leis referentes ao contrato.

A seguir, estudou as *Gesetze welche das Dasein der Rechte (sein oder Nichtsein, So-oder-Anderssein) betreffen*, as leis relativas à existência e ao modo de ser do direito.

A classificação de Savigny vem a ser todavia das mais vagas, pois não se vê, por exemplo, por que as leis relativas às causas do divórcio não entrariam no primeiro grupo (modos de aquisição). A divisão *grosso modo* é útil. Mas ela não resolve mais os conflitos quando chegamos aos casos, bastante numerosos, nos quais as leis são simultaneamente relativas aos modos de aquisição e de existência dos direitos.

Roubier, ao criticar Savigny, escreve que êste ilustre juriscônsulto não deveria confundir a irretroatividade com o respeito ao direito adquirido, pois, escreve Roubier, a lei pode abolir o direito adquirido, suprimindo por exemplo a escravidão, sem que haja todavia retroatividade da lei. O que haverá no caso é apenas efeito imediato da lei. Mas a crítica não procede, provindo apenas de uma mudança de terminologia. O que é efeito imediato para Roubier vem a ser retroatividade mínima para outros autores.

Antes de passar ao estudo da teoria de Gabba, que será assunto de artigo posterior, talvez fôsse interessante procurarmos fixar na medida do possível a noção de direito adquirido. Sabemos que depois de se oporem os *jura quaesita* aos *jura connata*, ou seja, os direitos adquiridos aos direitos inatos, estabeleceu-se a distinção, ainda de origem medieval, entre o direito

adquirido e a expectativa. Seguindo-se a doutrina dos comentadores do código civil francês, ficou sendo definido o direito adquirido como um direito irrevogável. Encontramos esta caracterização em Zacarias, quando escreve que o direito adquirido é aquêlê que não pode ser revogado: *ein Recht unwiderruflicher begründet.; mit anderen Worten erworbene Rechte*. E' o direito adquirido na expressão de Demolombe "le droit bien et duement de venu nôtre, dont nous sommes investis, qu'un tiers ne pourrait pas nous enlever. E Baudry Lacantinerie dá a mesma definição ao dizer que o direito adquirido é "l'avantage qui nous appartient, qui figure dans notre patrimoine, qui ne peut nous être ravi par le fait de celui de tenons ou par le fait d'un tiers."

Assim, os direitos contratuais, mesmo que subordinados a condições ainda não cumpridas, são considerados direitos adquiridos. Devemos pois distinguir, por causa da ampliação que foi tendo o termo, o direito adquirido em sentido restrito e em sentido lato. No primeiro caso, tem êle acepção técnica, não podendo abranger, por exemplo, os direitos condicionais. Oferece então a teoria do direito adquirido uma solução incompleta ao problema da retroatividade. No segundo caso, tem o direito adquirido sentido especial que lhe é dado pelos discípulos de Gabba, pelos defensores da teoria do direito adquirido. Nesta última acepção é direito adquirido todo direito que não pode ser atingido por lei nova sem que haja retroatividade.