

## A Irretroatividade das Leis e a Teoria de Gabba

ARNOLD WALD

**F**OI Gabba o último grande teórico do direito adquirido, marcando seu livro *Teoria della retroattività delle leggi*, publicado em Turim em 1868, nova fase no estudo dos conflitos de leis no tempo.

Para Gabba, só é intangível, só não pode ser atingido pela retroatividade o direito adquirido, definindo o jurisconsulto italiano o direito adquirido como a consequência de fato idôneo para provocá-la de acordo com a lei antiga, consequência essa, direito êsse que já deve ter entrado no patrimônio do indivíduo. Toda a teoria de Gabba baseia-se nesse conceito de direito adquirido, caracterizado por ter sido produzido por fato idôneo e por já se ter incorporado ao patrimônio do indivíduo. Opõe Gabba ao conceito de direito adquirido a faculdade legal e a expectativa. Não basta, para que haja direito adquirido, que tenhamos a faculdade de praticar certo ato, nem que tenhamos a esperança, a expectativa de que certo fato se realize. Há retroatividade quanto à faculdade e à expectativa pois estas não constituem direitos que tenham entrado no patrimônio individual.

No seu livro sobre a retroatividade das leis, o professor da Universidade de Pisa exclui, do domínio da discussão a lei interpretativa, pois esta não contém direito novo, ou, aplicando uma expressão de Ulpiano "non dat, sed datum significat". E' também o que acontece com as leis retificativas e confirmativas (bestatigendes gesetz). Nestes casos, nota Gabba, há apenas retroatividade aparente. Aliás Justiniano já dissera que a lei interpretativa é retroativa pois confunde-se com a lei anterior que ela interpreta. Também exclui Gabba do seu estudo a lei à qual o legislador deu caráter retroativo, pois a investigação sobre a legitimidade ou a ilegitimidade da lei pertence ao filósofo, ao sociólogo, ao moralista, mas não ao jurista, ao dogmatista. Como exemplo de lei à qual o legislador deu caráter retroativo, podemos lembrar a lei do ano II, estabelecendo a igualdade na sucessão a partir de 14 de julho de 1789.

A seguir, mostra o ilustre jurista italiano que a lei não pode atingir o ato consumado, pois, neste caso, o direito já pertence ao indivíduo, já está

no seu patrimônio, já constitui direito adquirido. São atos consumados, entre outros, a sentença passada em juízo e o pagamento efetuado. Em tais hipóteses há acordo geral, reconhecendo-se que a lei posterior não revoga a anterior. O princípio geral para Gabba é o da não retroatividade. Na realidade, só não há retroatividade no caso do direito adquirido, ou melhor, o direito adquirido é o limite da retroatividade. Mas, diz Gabba, que o caso geral é justamente o do direito adquirido, pois raras são as ocasiões em que a lei possa realmente influir sobre o fato ou a relação jurídica anterior sem lesar o direito adquirido. "O verdadeiro limite da retroatividade da lei", conclui Gabba, após exaustivo estudo da evolução da idéia de retroatividade no direito romano, canônico e moderno, "é o direito adquirido" (vol. 1, pág. 122). Passando da legislação à doutrina, esboça Gabba, pela exposição e pela crítica que faz das diversas teorias, a sua interpretação do problema da retroatividade, baseada no conceito de direito adquirido. A teoria de Bergmann, segundo a qual as leis imperativas ou proibitivas retroagem, atingindo o direito adquirido, opõe o professor de Pisa o princípio contrário. Enfrenta, a seguir, o critério da retroatividade das leis de ordem pública e das leis proibitivas, querendo provar que a teoria da irretroatividade deve poder ser aplicada tanto ao direito privado, como ao direito público. Não há diferença, escreve o consagrado autor, em aplicar a lei penal a um fato anterior não previsto pela lei antiga, ou em fazer perder a cidadania a alguém que a adquiriu de acordo com uma disposição da lei anterior suprimida pela lei nova. E pergunta ainda Gabba: como é que poderemos traçar o limite entre as disposições que pertencem à esfera do direito privado ou ao direito público? Como distinguir entre os interesses dos indivíduos e da sociedade? O critério é elástico demais. Quantas vezes será impossível ao intérprete provar qual o interesse que tem hegemonia no caso! Assim, como mostra Weber, só ao legislador cabe impor a retroatividade da lei. Gabba combate ainda veementemente Giovanni Voet, Henne, Pfeiffer e Bergmann. Demonstra ainda êle que não há razão para que uma lei proibitiva seja retroativa. Entende que a lei

proibitiva retroaja quando abole uma instituição, como, por exemplo, a escravidão, mas não quando veda o empréstimo por juros superiores a certa percentagem. Já, aliás, Savigny dissera que "se deve rejeitar a idéia segundo a qual a nova lei proibitiva poderia alterar a natureza de um contrato anteriormente concluído". Refêrindo-se à teoria de Odilon Barrot, segundo a qual deve sempre retroagir a lei mais favorável, aponta Gabba a deficiência desse critério. Sua crítica a Savigny é magistral. A distinção feita por Savigny, escreve Gabba, não tem fundamento científico e é de aplicação mais perigosa do que útil. Distinguindo entre direito adquirido, expectativa e faculdade, Savigny considera que o estado pessoal não é em geral um direito adquirido, limitando este conceito ao domínio patrimonial. A distinção feita pelo chefe da escola histórica entre normas relativas à existência de direitos (*dasein*) e à aquisição de direitos (*erwerb*) só tem para Gabba valor teórico. Como poderemos fazer esta distinção na prática? pergunta o professor da Universidade de Pisa. Na realidade, o que importa, dizia muito bem Jean Guehenno, não é o pensamento dos grandes homens mas a reação que produz no homem da rua. E as perguntas se multiplicam, apontando as lacunas do sistema de Savigny. No caso por exemplo de uma lei que estatuisse que o adotado não pudesse ter o nome do adotante, não haveria uma modificação na existência do direito? E não haveria também uma modificação no modo de aquisição do direito? Como pois compreender essa distinção que não é nem nova, nem exata, segundo a expressão de Gabba.

Vemos pois, pela própria crítica das outras doutrinas, surgir a teoria do direito adquirido de Gabba, que começa a esboçar-se quando estudamos Lassalle, que já estabelecia o princípio de que a lei nova não deve atingir o direito adquirido. "O conceito de retroatividade, disse Lassalle, é o conceito da violação da liberdade e da responsabilidade do homem e, por esse motivo, ela é inadmissível." A razão do respeito do direito adquirido é, para Lassalle, a inviolabilidade do homem, da sua liberdade, a dignidade individual, a impossibilidade de separar da pessoa o direito que já entrou no seu patrimônio. Lassalle publicou seu livro "*Teorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze*", em 1861, tendo profundamente influenciado Gabba. Mas Lassalle, com sua formação revolucionária, partia dos conceitos filosóficos não chegando à precisão da técnica jurídica que é tudo em direito, pois talvez possa aplicar-se ao direito a definição que Henri Poincaré dava da matemática "é uma linguagem cômoda". Baseando-se na idéia de dignidade individual, considerava a retroatividade como violação dessa dignidade, declarando que, se o ato dependia da vontade do indivíduo, a lei nova não devia retroagir para que se respeitasse a liberdade individual. Ao contrário, toda lei que, embora se referindo ao indivíduo, não se relacionasse com atos decorrentes de sua vontade, podia retroagir.

Devíamos, pois, apenas saber se o direito provinha ou não de ato voluntário. Mas também a doutrina de Lassalle não resolvia o problema. E' ponto pacífico que a lei que regula a sucessão do ahintestado não retroage. Ora, é necessária toda a dialética e os numerosos sofismas da inteligência profunda de Lassalle para enquadrar este e outros casos na sua teoria. Outra noção de grande interesse que surge na obra de Lassalle é o conceito de ordem pública, cuja importância aponta no problema da retroatividade. Explica êle que a única fonte do direito é a consciência social e declara que "adquirir um direito e querer conservá-lo numa época em que a consciência geral não considera mais esse direito como admitido e lícito, é afirmar e negar, invocar e excluir, ao mesmo tempo, o título jurídico em virtude do qual se adquire o direito, ou seja a conformidade que deve existir entre o direito e a consciência geral da qual emana". Quando a ordem pública, quando a consciência geral não mais reconhece um direito, uma nova lei pode extingui-lo, mesmo retroagindo. Algumas idéias novas lançou Lassalle, mas faltou-lhe a capacidade técnica indispensável aos grandes novadores. Pensador original, não foi todavia um jurisconsulto.

Uma parte das idéias de Lassalle seria desenvolvida por Gabba, que com elas renovaria o conceito de direito adquirido, cujas origens já pesquisamos na Idade Média. Sabemos que o Código civil francês adotara o termo de direito adquirido, firmando-o na legislação através do seu artigo 2.135:

"Dans aucun cas, la disposition du présent article ne pourra préjudicier aux *droits acquis* à des tiers avant la promulgation du présent titre."

Já vimos as diversas definições de direito adquirido e a caracterização que dêle nos dá Gabba. Acrescentaremos que, para haver direito adquirido, deve haver um fato aquiritivo, pois *jus oritur ex facto*, e um direito em sentido objetivo, devendo ter o fato aquiritivo todos os elementos exigidos pela lei antiga, pois, senão, deixa de haver direito adquirido para transformar-se o direito numa possibilidade, numa expectativa.

Assim, para citarmos um exemplo já muito conhecido, se a lei antiga exige 16 anos para que se possa testar e a lei nova 18 anos, a lei nova retroage atingindo os maiores de 16 e menores de 18 anos cuja sucessão ainda não foi aberta. No caso, explica Gabba, trata-se apenas de uma faculdade. Tal é também o caso de um parente em sexto grau diante de uma lei que limite a herança ao 3.º grau de parentesco, por exemplo.

Mes, há, na aplicação do critério, numerosas dificuldades, tanto mais que o conceito de patrimônio não está muito bem definido, o que vem dificultar sobremaneira a compreensão nítida do que seja o direito adquirido.

Algumas vezes a dificuldade torna-se quase insuperável. Assim De Ruggiero cita o exemplo de uma norma que elevasse o limite da menori-

dade de 21 a 25 anos. Esta lei deverá ou não ser retroativa? Tratar-se-á no caso de direito adquirido? De simples faculdade? As opiniões são as mais divergentes.

Mas, não obstante as indecisões a que nos leva o critério de Gabba, foi êle introduzido em quase tôdas as legislações, inclusive no Brasil.

Efetivamente, dispunha a antiga lei de introdução ao código civil no seu artigo 3.º que:

“A lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada”.

E continuava, definindo o direito adquirido como sendo o “direito que o seu titular ou alguém por êle possa exercer, como aquêle cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem”, o ato jurídico sendo “o já consumado, segundo a lei vigente, ao tempo em que se efetuou”, e a coisa julgada, “ou caso julgado, a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

Esse artigo do código estava de acôrdo com o § 3.º do artigo 11 da Constituição de 1891 e com o artigo 113 n.º 3 da constituição de 1934, que já especifica o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Já a Constituição de 1937 não faz mais referência ao assunto, estabelecendo o Decreto n.º 4.657 de 4 de setembro de 1942 que “A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito”.

Já denota esta nova redação da nossa lei de introdução a influência das novas teorias de Bonnacase, Duguit e Jéze, passando-se do direito adquirido para a nova terminologia baseada na situação jurídica. Também com Roubier vieram os redatores da nova lei de introdução falar do efeito imediato (não mais se protegendo os direitos contra a retroatividade mínima, ou seja, passando a lei nova a atingir os efeitos posteriores à lei provindo de contratos anteriores a esta). A Constituição de 1946, consagrando a volta ao regime da legalidade, restabelece no artigo 141 § 3.º o preceito da Constituição de 1934:

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

Aceitou assim a nossa legislação a teoria do direito adquirido firmada por Gabba, teoria esta que continua a reger os destinos do nosso direito transitório.

Acêrca da especificação que encontramos na cláusula de irretroatividade, escreve Clóvis Bevilacqua que na realidade “as definições são suficientemente claras e precisam o que se deve entender pela retroatividade das leis. Em rigor, tudo se reduz ao respeito assegurado aos direitos adquiridos; mas, como no ato jurídico e na coisa julgada se apresentam momentos distintos, aspectos

particulares do direito adquirido, foi de vantagem, para esclarecimento da doutrina, que se destacassem êsses casos particulares e dêles se desse a justa noção”.

Todavia, a parte construtiva da obra de Gabba foi muito criticada. Na realidade, não se mantém de pé o conceito de direito adquirido. E' uma noção já caduca. Compreende elementos heterogêneos, prerrogativas que podem ser, não sòmente direitos, mas ainda, como o diz Planiol, faculdades de exercer ou de possuir certos direitos. Assim, certas pessoas podem ter uma habilitação, uma qualidade, uma capacidade, sem que esta qualidade seja objeto de direito no sentido técnico da palavra. O direito adquirido talvez não passe de um artifício verbal, como o pensa o ilustre juriconsulto francês. Planiol volta até Savigny e critica Gabba por ter esquecido a distinção entre a existência do direito e o modo de aquisição dêste direito. Encontramos a mesma idéia em Colin e Capitant.

Roubier fêz uma crítica muito séria da noção de direito adquirido. Mostra êste jurista que a doutrina sempre procurou esconder-se por trás do conceito de direito adquirido. Não podendo resolver o problema da retroatividade, ela fêz do direito adquirido uma noção metafísica. Falseando seu sentido, fêz com que o direito adquirido abrangesse todos os casos nos quais se considerava que a lei nova não devia ser aplicada. A dificuldade principal não é a definição do direito adquirido *strictu sensu*. Todo mundo tem uma idéia clara do que seja direito adquirido. Sabe-se que um contrato é perfeito desde que haja acôrdo das vontades. Sabe-se que o direito de herdar se torna um direito adquirido com a abertura da sucessão, com a morte do testador. Mas surge a dificuldade por ter sido dado ao direito adquirido um novo sentido, um *sentido lato*. E' nesta acepção que não conseguimos definir o direito adquirido, podendo apenas enumerar os diversos casos que abrange. Tal é a dificuldade central e até agora insuperada da teoria do direito adquirido que, partindo de uma noção clara e conhecida, a transformou num conceito metafísico, incompreensível, sem utilidade alguma.

A primeira teoria, a do direito adquirido *strictu sensu* era simplista; deixava sem solução numerosos casos. Já a teoria do direito adquirido em sentido lato não tem utilidade alguma, nada resolve, falseando apenas o problema.

Escreve Roubier muito acertadamente: “Et précisément, si les auteurs sont tellement embarrassés pour fournir dans notre matière une définition claire du droit acquis, c'est parce qu'ils veulent lui donner un autre sens et une autre portée, et qu'ils entendent en réalité, sous le couvert de ce mot, fixer de la manière qui leur paraît la meilleure, les véritables règles de solution des conflits de lois; ainsi cumpris, le droit acquis n'est plus qu'un pavillon qui couvre toute espèce de

marchandises, et, en se débarassant de cette formule, on ne détruit rien de solide, ni de sérieux.”

Na realidade, o direito adquirido em sentido lato compreende numerosos direitos que é difícil poder considerar como direitos adquiridos. Assim, por exemplo, a Corte de Cassação de França declarou a 21 de julho de 1823 que reduzir o tempo de prescrição seria tirar ao credor um direito que lhe é garantido pela lei. Haveria pois direito adquirido no caso. Talvez cada um de nós também tenha direito adquirido a que toda a legislação em vigor não mude. Poder-se-á pois dizer com Roubier e com Planiol que o direito só se torna direito adquirido quando se prejudgou que esse direito não devia ser atingido pela lei nova.

Mailher de Chassat considera que o testamento feito de acôrdo com a lei em vigor no momento conserva seu valor mesmo que surja uma lei nova antes da morte do testador pois, pensa esse jurista, o testamento fêz com que o testador tivesse adquirido o direito de fazer seu testamento de acôrdo com a lei antiga. Vemos pois a evolução, a ampliação que sofreu o conceito de direito adquirido.

Hoffmann e Pfaff, na Alemanha, no livro *Excuse über osterreichisches allgemeines bürgerliches Recht*, que data de 1878, e Planiol e Ripert, na França, apontaram a ilusão criada pela doutrina do direito adquirido. Houve na realidade uma deformação terminológica que transformou totalmente a doutrina.

Resumindo, podemos dizer com Roubier que a teoria do direito adquirido *strictu sensu* é incompleta pois não protege os direitos condicionais. Mas, se introduzirmos os direitos condicionais entre os direitos adquiridos, caracterizando estes por sua irrevogabilidade, deveremos aceitar que todo direito revogável seja atingido por lei nova, sem que haja retroatividade. Tal concepção deixaria de considerar direito adquirido a doação entre esposos que é revogável segundo o artigo 1.096 do código civil francês.

Mas o problema se torna ainda mais complexo, no caso da maioridade alcançada de acôrdo com a lei antiga, quando a lei nova exige limite superior de idade. A teoria do direito adquirido não pode proteger as maioridades já alcançadas diante da lei nova.

Na realidade, as leis podem ser retroativas sem lesar direitos adquiridos como o vimos neste último exemplo e podem lesar direitos adquiridos sem ser retroativas. Este seria o caso de uma reforma que aboliria a escravidão por exemplo. A lei, no caso, teria apenas efeito imediato, não seria retroativa, embora lesasse direitos adquiridos. Todavia seria bom lembrarmos que o que alguns chamam de efeito imediato não é para outros senão a retroatividade mínima.

Duguit opõe-se à teoria do direito adquirido, assinalando que se há direito adquirido, também

deve haver direito inato, o que nos faria voltar à antiga e caduca teoria do direito natural.

Bonnet tenta mudar a terminologia, substituindo o direito adquirido pela situação jurídica concreta e a expectativa pela situação jurídica abstrata. Se os conceitos mudam, as idéias permanecem as mesmas.

Na verdade, como o quer Duguit, não passa o direito adquirido de uma solução metafísica, de uma solução verbal, de uma explicação tautológica, como quando explicávamos que o ópio faz adormecer porque tem uma virtude dormitiva. E' preciso, em direito também, ultrapassarmos a época metafísica.

Basta consultar a jurisprudência, escreve Planiol, para compreender que a expressão *direito adquirido* não tem sentido preciso. Dizem que há direito adquirido quando a lei não retroage. E, do mesmo modo, afirmam o princípio de que a lei não retroage quando há direito adquirido. Estamos diante de um círculo vicioso. E tem razão Planiol ao dizer “quand on tente de dégager de l'ensemble de ces arrêts une notion générale du droit acquis, on constate que c'est tout simplement le droit qui ne peut pas être atteint par la loi nouvelle”. Tal é a doutrina moderna que se opõe à teoria do direito adquirido.

De fato, o conceito de direito adquirido não é dos mais sólidos, mas a obra de Gabba tem seus méritos, pois teve sua utilidade. Foi um esforço e um esforço gigantesco que abalou todas as doutrinas anteriores apontando suas lacunas, seus pontos fracos. Foi um esforço criador que vingou, senão totalmente ao menos em parte.

O campo tornou-se deserto, esperando por novas construções. O trabalho fecundo de Gabba foi sobretudo o trabalho de destruição. Também o foi a obra de Planiol, e de Duguit que o combateram. E o principal talvez seja justamente esta destruição. Dizia Maurice Maeterlinck que, em todo progresso social, o grande trabalho e o único que seja realmente difícil era a destruição do passado. “Nous n'avons pas à nous soucier, escrevia o dramaturgo belga, de ce que nous mettrons à la place des ruines. La force des choses et de la vie se chargera de reconstruire; elle n'a même que trop de hâte à réédifier, et il ne serait pas bon de l'aider dans sa tâche précipitée.”

Talvez o mesmo acontecesse no direito, quanto ao progresso jurídico.

#### NOVAS DOUTRINAS DA RETROATIVIDADE

A. Destruída a teoria de Gabba pela crítica acerba que dela fizeram os civilistas e os publicistas contemporâneos, novas tentativas foram feitas para resolver o problema da retroatividade. Novas doutrinas surgiram exigidas pelas condições políticas e sociais, pela necessidade que

havia de proteger um certo "statu quo" econômico. As novas doutrinas não provinham da pura especulação, não eram, como o nota Jossierand "un jeu d'esprit sans portée pratique immédiate". Decorriam, ao contrário, da própria evolução da sociedade, pois continuavam a existir os interesses particulares cuja salvaguarda dependia da manutenção do princípio da irretroatividade. Da mesma maneira que, no domínio da responsabilidade civil, a teoria do risco profissional impôs-se com Saleilles e Jossierand para abolir uma situação insustentável, as doutrinas de Bonnacase, Duguit e Jéze nasceram para defender direitos desprotegidos, depois da crítica violenta sofrida pela teoria de Gabba, e que não deviam ser violados impunemente.

Dizia Giuseppe Maggiore que devíamos distinguir no estudo jurídico, o passado como domínio da história, o presente como campo da dogmática, o futuro como reino da filosofia. Já tivemos o ensejo de estudar o histórico do princípio da retroatividade e sua doutrina dominante atualmente ou seja a teoria de Gabba. Agora, procuremos, nos esboços de novas soluções, os ideais, as técnicas a nascerem, para os quais tende o nosso direito. E' nas páginas de Bonnacase, de Duguit, de Jéze que os encontraremos.

B. No seu suplemento ao tratado de Baudry-Lacantinerie, Bonnacase substituiu o conceito de direito adquirido pela noção de situação jurídica, distinguindo entre situação jurídica abstrata e concreta. A situação jurídica abstrata vem a ser a relação eventual e teórica existindo entre certa pessoa e determinada lei. Tal é o caso, por exemplo, de pessoas que têm com outras certo grau de parentesco e que têm, por êsse motivo, a possibilidade de se tornarem herdeiros daquelas. A situação jurídica abstrata só se positivará todavia com a abertura da sucessão, transformando-se então em situação jurídica concreta. Como o diz Bonnacase "enquanto a situação jurídica abstrata é um modo de ser teórico, ou seja, para assim dizer, uma vocação para se beneficiar eventualmente duma lei, a situação jurídica concreta é uma realidade positiva".

Diz Bonnacase que a lei nova pode atingir fatos passados sem retroagir desde que não alcance situações jurídicas concretas. Mais uma vez, assistimos a uma mudança de terminologia, sem que haja, a nosso ver, introdução de idéia nova. A situação jurídica concreta não é ao que parece, senão o direito adquirido no sentido técnico do conceito, ou seja, o que chamamos de direito adquirido *strictu sensu*, tendo tôdas as desvantagens da teoria do direito adquirido, concebendo-se êste em sentido restrito.

Para Bonnacase, não há situação jurídica concreta antes da morte do testador e, portanto, uma lei nova que modifique a maneira de fazer os testamentos atingirá, sem que haja retroatividade,

os testamentos já feitos cujos autores ainda estejam vivos. Considera Bonnacase que os direitos condicionais não constituem situações jurídicas concretas, podendo pois ser atingidos pela lei nova sem que haja retroatividade. Vemos pois que a situação jurídica concreta vem corresponder na realidade ao direito adquirido *strictu sensu*.

C. Duguit estudou o problema da retroatividade no seu livro "*L'Etat, le Droit objectif et la loi positive*" (p. 224 e seg. e 586 e seg.) e no seu *Traité de Droit Constitutionnel* (2.<sup>o</sup> volume § 21, §§ 16 e 26). Jéze procurou uma solução para esta questão nos seus *Principes généraux du droit administratif* (pág. 10 e seg.), no seu *Cours de droit Public* (pág. 111 e seg.) e nos seus artigos publicados na *Revue de Droit Public* em 1913, 1916 e 1924.

Duguit distingue entre as situações subjetivas ou individuais, provindo das manifestações individuais da vontade, que não podem ser atingidas pela lei nova, e as situações legais ou objetivas, decorrentes da própria lei, nas quais o ato voluntário não é causa mas apenas condição de formação da situação. As situações legais são subordinadas ao efeito imediato da lei, que não é, segundo Jossierand, o efeito retroativo, isto porque ignora êsse autor, ao lado de Roubier e outros, a retroatividade mínima. E' interessante lembrarmos que as situações legais são em geral regulamentadas por leis de ordem pública, o que vem facilitar a compreensão da teoria de Duguit.

Ao caracterizar as diversas espécies de situações, diz Duguit que as situações subjetivas têm caráter individual e especial, enquanto as situações legais são constantes e gerais. Ao assentarmos que as situações legais são aquelas que decorrem da lei e não do ato de vontade individual, vemos uma analogia incontestável que surge entre as doutrinas dos publicistas contemporâneos e a doutrina de Lassalle que, grosso modo, fazia a mesma distinção, operando todavia com outra terminologia.

Para esclarecer os dois tipos de situações, demos alguns exemplos. Como situação jurídica legal na qual o ato de vontade é apenas condição podemos citar o casamento. Como situação jurídica subjetiva, ou seja, como situação decorrente de uma manifestação individual de vontade que determina o conteúdo da situação, lembremos o caso das obrigações.

Mas, em relação às situações legais, não deve haver retroatividade e sim apenas efeito imediato da lei. "E' natural, escreve Duguit, que a situação jurídica não possa ser modificada senão a partir do dia em que é promulgada a lei nova. Estr. não se pode aplicar a um ato praticado nem a uma situação que surgiu regularmente, numa época em que a lei nova ainda não existia. A situação legal que surgiu regularmente antes da lei nova subsiste tal qual era." Há pois também

para as situações legais a aplicação do princípio da irretroatividade.

A diferença entre situações subjetivas e objetivas vem todavia a ter importância quando estudamos a ação da lei nova sobre os contratos. Sabemos que os efeitos posteriores à lei dos contratos firmados de acordo com a lei antiga, antes da promulgação da lei nova, continuam a ser subordinados à lei antiga. Ao contrário, os efeitos das situações legais (como o casamento, a adoção etc.) são subordinados à lei nova desde que esta é promulgada. Efetivamente, num caso domina o interesse individual, como acontece no mundo do contrato, no outro tem a hegemonia a aspiração social de justiça, que inspira as leis de ordem pública. Tais são as idéias fundamentais de Duguit e de Jéze.

C. Contra a teoria do direito adquirido, surgiu na Alemanha, ou melhor, ressurgiu a teoria dos *facta praeterita* que tem suas origens no mundo medieval. Vamos encontrar esta teoria no nosso direito com a nova lei de introdução ao código civil que assenta a teoria da retroatividade no conceito de ato jurídico perfeito.

Desde a metade do século XIX, Von Scheurl, no seu livro *Beitrag zur Bearbeitung des romischen Rechts*, publicado em Erlangen em 1853, opõe ao conceito de direito adquirido o do ato perfeito sob a lei antiga, o *factum praeteritum*.

A reação contra Savigny e a teoria do direito adquirido domina os escritos de M. E. Burckhard, de L. Schiffner, de Windscheid, de Dernburg e Regelsberger.

Entre outros autores, Goppert mostra nos *Ihering's Jahrbücher* a inaplicabilidade da teoria do direito adquirido no direito penal. Chironi desenvolve na Itália a teoria dos *facta praeterita*, expondo-a e desenvolvendo-a no seu livro *Della non retroattività delle legge in materia civile* que data de 1885. Para Chironi, nós temos *facta praeterita* ou, aceitando a terminologia italiana, *atti compiuti* quando podemos ter uma ação em justiça, em defesa de nosso direito. O critério de Chironi é todavia insuficiente pois não protege por exemplo o testamento feito contra uma lei nova que surja antes da morte do testador e mude a maneira de fazer o testamento.

D. Na França, um grande progresso foi feito com o trabalho de Vareilles Sommières *Une théorie nouvelle sur la retroactivité des lois* (in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1893). Distingue este jurista entre o efeito imediato da lei e a retroatividade, desconhecendo a chamada retroatividade mínima. A parte construtiva de Vareilles Sommières baseia-se essencialmente nos fatos. Considera êle que uma lei nova que elevasse a idade necessária para alcançar-se a maioridade atingiria as pessoas que segundo a lei antiga já eram maiores mas que ainda não tinham a idade necessária para tornarem-se maiores de acordo

com a lei nova, baseando-se para chegar a esta conclusão no efeito imediato da lei. Sua crítica aos direitos adquiridos foi vitoriosa e os grandes civilistas hodiernos a repudiaram seguindo em muitos casos Vareilles Sommières. Rejeitaram a teoria do direito adquirido Planiol e Ripert, Abello e Chironi, Colin e Capitant e outros.

E. Nos seus livros, *Geschichte des intertemporalen Privatrechts e System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts*, publicados no começo do nosso século em Leipzig, Affolter estabelece uma regra geral, segundo a qual a lei antiga que rege o fato anterior à lei nova, rege também seus efeitos posteriores a esta última lei, a menos que o sentimento de justiça não o permita. Já na doutrina de Affolter não encontramos a justificação do efeito imediato da lei. Todavia, ponto novo e interessante que surge com sua obra é sua concepção orgânica dos fatos que lhe faz admitir a sobrevivência da lei antiga. A esta concepção opor-se-á a concepção atomista procurando distinguir cada fase do ato para que não haja nem sobrevivência da lei antiga, nem retroatividade da lei nova, e sim apenas efeito imediato desta. Tal concepção presidira ao pensamento de Roubier quando em 1929 escreve seu livro *Les conflits de lois dans le temps*.

Entre estas novas tentativas, poucas nos deram uma solução definitiva. Cada qual foi contestada, atacada, criticada. Nenhuma nos deu uma solução que resolvesse o problema em toda sua complexidade. Cada uma delas, todavia, procurou aproximar-se o mais possível da perfeição, abrangendo maior número de casos, criando uma linguagem, uma técnica jurídica mais aprimorada, mais adaptada às condições de vida hodiernas.

Mas, talvez, também dos teóricos modernos pudéssemos dizer o que Clóvis Beviláqua dizia dos antigos: "Os escritores opondo a idéia de direito adquirido à de expectativa de direito, como fizeram Blondeau e Demolombe, ou de interesse, como propuseram Laurent e Teófilo Huc, ou de faculdade, como quer Gabba, que estudou particularmente esta matéria, nenhuma luz trouxeram à questão, antes concorreram para obscurecê-la."

Talvez estivesse com a razão Clóvis Beviláqua. Mas, talvez, também, haja certo progresso feito. Talvez as novas doutrinas se adaptem melhor ao mundo de hoje, se apliquem mais facilmente, sejam mais cômodas. E talvez nem tenham importância os resultados alcançados, pois, "o espírito humano, dizia Paul Valéry, é absurdo pelo que procura, é grande pelo que acha." Achamos que na realidade é o contrário, o homem é grande pelo que procura, absurdo pelo que encontra. A grandeza está no esforço, na tentativa, na ação. E essa ação, essa tentativa, êsse esforço é que fazem os grandes juristas, graças aos quais o direito se desenvolve e progride.

Departamento de Imprensa Nacional  
Rio de Janeiro - Brasil - 1951

# REVISTA DO SERVIÇO PÚBLICO

## VOLUMES EDITADOS

### ANO I — 1937-1938

- Vol. I — novembro-37 (esg.), janeiro, fevereiro (esgotados), março.
- Vol. II — abril (esg.), maio, junho.
- Vol. III — julho, agosto, setembro.
- Vol. IV — outubro, novembro, dezembro (esg.).

### ANO II — 1939

- Vol. I — janeiro fevereiro-março.
- Vol. II — abril-maio, junho.
- Vol. III — julho-agosto, setembro.
- Vol. IV — outubro-novembro, dezembro (esg.)

### ANO III — 1940

- Vol. I — janeiro, fevereiro, março (esgotados).
- Vol. II — abril, maio, junho (esgotados).
- Vol. III — julho (esg.), agosto (esg.), setembro.
- Vol. IV — outubro (esg.), novembro (esg.), dezembro.

### ANO IV — 1941

- Vol. I — janeiro (esg.), fevereiro (esg.), março.
- Vol. II — abril, maio, junho (esgotados).
- Vol. III — julho, agosto, setembro (esgotados).
- Vol. IV — outubro (esg.) novembro (esg.), dezembro.

### ANO V — 1942

- Vol. I — janeiro, fevereiro, março (esgotados).
- Vol. II — abril maio, junho (esgotados).
- Vol. III — julho (esg.), agosto, setembro (esg.)
- Vol. IV — outubro (esg.), novembro, dezembro.

### ANO VI — 1943

- Vol. I — janeiro, fevereiro, março.
- Vol. II — abril, maio, junho.
- Vol. III — julho, agosto, setembro.
- Vol. IV — outubro, novembro, dezembro (esgotados).

### ANO VII — 1944

- Vol. I — janeiro, fevereiro, março (esgotados).
- Vol. II — abril, maio, junho.
- Vol. III — julho (esg.), agosto, setembro.
- Vol. IV — outubro, novembro, dezembro.

### ANO VIII — 1945

- Vol. I — janeiro, fevereiro, março.
- Vol. II — abril, maio, junho.
- Vol. III — julho, agosto, setembro.
- Vol. IV — outubro, novembro, dezembro.

### ANO IX — 1946

- Vol. I — janeiro, fevereiro, março.
- Vol. II — abril, maio, junho.
- Vol. III — julho, agosto-setembro.
- Vol. IV — outubro-novembro, dezembro.

### ANO X — 1947

- Vol. I — janeiro-fevereiro, março-abril.
- Vol. II — maio-junho, julho-agosto.
- Vol. III — setembro-outubro, novembro-dezembro.

### ANO XI — 1948

- Vol. I — janeiro-fevereiro, março-abril.
- Vol. II — maio-junho, julho-agosto.
- Vol. III — setembro-outubro, novembro-dezembro.

### ANO XII — 1949

- Vol. I — janeiro, fevereiro, março.
- Vol. II — abril, maio, junho.
- Vol. III — julho, agosto, setembro.
- Vol. IV — outubro, novembro, dezembro.

### ANO XIII — 1950

- Vol. I — janeiro, fevereiro, março.
- Vol. II — abril, maio, junho.
- Vol. III — julho, agosto, setembro.
- Vol. IV — outubro, novembro, dezembro.

### ANO XIV — 1951

- Vol. I — janeiro, fevereiro, março.
- Vol. II — abril, maio, junho.
- Vol. III — julho,