

# ADMINISTRAÇÃO E DIREITO

## DOCTRINA

### **Da retroatividade no Direito Administrativo**

ALAIM DE ALMEIDA CARNEIRO  
Da Consultoria Jurídica do D. A. S. P.

**N**ÃO nos propomos discutir o problema filosófico da retroatividade, isto é, se a lei deve ou não ser retroativa, mas apenas o problema positivo.

A capacidade da lei de fixar livremente os limites de sua própria eficácia é hoje questão mais ou menos pacífica, salvo no direito penal, onde o princípio geral da irretroatividade ainda goza de religioso respeito, como corolário inexorável do postulado de FEUERBACH: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*.

É nesse sentido que a nossa Constituição consagrou o princípio determinando que as penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos atos anteriores (1).

É certo que a lei de Introdução ao Código Civil (2) também se refere à irretroatividade, mas limita-se a estabelecer uma norma de interpretação (3), "sem força para coartar o poder e a liberdade do legislador" (4).

De fato, nada obsta a que o legislador estabeleça uma lei para regular situações passadas, havendo mesmo alguns códigos, como o alemão (5), que expressamente consignam essa possibilidade.

Assim pois, é apenas como princípio de hermenêutica que vamos considerar a regra de irretroatividade.

O problema é, certamente, dos mais sutis e inútil é encarecê-lo. Diz MERLIN que não há problema mais complexo no campo do direito (6).

Realmente, o problema da retroatividade ou irretroatividade das leis tem suscitado ampla literatura.

Discute-se se a lei deve ou não ser retroativa; debate-se em torno do caráter da irretroatividade de sua extensão e sua importância. Franceses e italianos, coagidos pela proibição expressa do direito positivo, buscam interpretar de maneira mais flexível o sentido da retroatividade.

Como fruto imediato dessa interpretação acomodatória surgiu, entre outras, a teoria do direito adquirido e da expectativa de direito. Lei retroativa, diziam, é a que ofende o direito adquirido e não a simples expectativa de direito; ou ainda: quando se diz que a lei não retroage, quer-se com isso significar que é respeitado o direito adquirido.

A doutrina encontrou muitos adeptos, mas não logrou afastar as dificuldades, de vez que o problema se deslocou: ao invés de se discutir se a lei era ou não retroativa, passou-se a discutir, em cada caso, se havia ou não direito adquirido (7).

Não vamos reeditar a questão.

Talvez a teoria do direito adquirido seja inadequada à realidade ou falsa e inoperante, como

1) *Constituição Federal* de 1937, art. 112, n. 3.

2) *Introdução ao Código Civil*, art. 3.º, decreto-lei número 4.567, art. 6.º.

3) FRANCISCO CAMPOS, "Jornal do Comércio" de 16 de janeiro de 1938;

ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, v. I, página 100;

ESPINOLA, *Tratado de Direito Civil Brasileiro*, vol. II, págs. 152/55;

BONNECASE, *Droit Civil*, 2.ª ed., vol. I, pág. 104;

PLANIOL, *Droit Civil*, 3.ª ed., vol. I, pág. 98.

4) ESPINOLA, *Obra citada*, pág. citada.

5) *Motive zum B. G. B.*, I, págs. 14/24.

6) BONNECASE, *Obra citada*, pág. 103.

7) STOLFI, *Diritto Civile*, vol. I, pág. 640.

quer DUGUIT (8), mas o fato é que as modernas doutrinas não têm conseguido modificar muito sensivelmente o pensamento dos nossos juizes, que continuam apegados àquela forma clássica. Aceitêmo-la, pois, pelo menos em princípio. Ela não infirma a nossa tese.

As normas do direito administrativo são de ordem pública e contra elas não se podem opor razões de interesses privados, encastelados, embora, no mais respeitável direito adquirido.

Dir-se-á que nem sempre essas normas se apoiam em conceito de ordem pública tão absoluto

“...da exigere il completo disconoscimento dei privati interessi”,

como diz CINO VITTA (9).

Admitamos que sim. Mas, de qualquer forma, a regra é o predomínio do interesse público, contra o qual não se pode invocar direito adquirido.

O direito adquirido, como diz COOLEY, baseia-se na equidade, pelo que sofre restrições razoáveis, não sendo possível ser examinado, estabelecido e defendido considerando-se distinta e isoladamente o caso individual, mas somente sobre fundamentos amplos e gerais que compreendam o bem estar de toda a comunidade e visem proteção igual e imparcial dos interesses de todos (10).

Seria absurdo admitir-se possa um indivíduo pretender jamais subtrair-se, por meio da aquisição de um direito, à ação da consciência jurídica geral (11).

Nada seria melhorado, afirma LASSALLE, se acontecesse que uma lei permitisse *in aeternum* e expressamente a uma pessoa assegurar-se um direito determinado contra toda mudança futura e proibitiva da legislação. Não é lícito ao indivíduo proclamar que a lei em vigor em certa época deve subsistir para êle e reger atos seus em todas as

épocas, a despeito de todos os textos exclusivos ulteriores (12).

A situação é límpida. Ninguém se abriga à sombra de um direito adquirido para resguardar-se contra as modificações legais impostas pelo interesse público. O que tanto vale dizer que em face do direito administrativo não há direito adquirido a ser respeitado *in aeternum*.

Outro critério geral para a fixação da retroatividade foi proposto por SAVIGNY. Leis que se referem à aquisição de direitos, em virtude das quais uma pessoa se torna titular de um direito e que não se aplicam retroativamente; leis que dizem respeito à existência dos direitos ou dos institutos jurídicos, ou ao seu modo de ser e às suas transformações, e que são francamente retroativas.

A forma proposta foi objeto de grande crítica e parece não ter logrado grande aceitação.

Segundo o opinião de SIMONCELLI, que defende o grande romanista contra a crítica de LASSALLE (13), SAVIGNY se limitou a considerar o direito privado, onde a “retroatividade aparece como exceção”.

De fato, se aplicarmos esse critério às leis de direito público, o problema terá outra solução, de vez que estas últimas, na maioria dos casos, se enquadram na segunda hipótese: “leis que dizem respeito à existência dos direitos ou dos institutos jurídicos, ou ao seu modo de ser e às suas transformações” e nas quais, segundo SAVIGNY, prevalece a retroatividade.

DUGUIT, a quem já nos referimos, também buscou estabelecer um teoria geral sobre a retroatividade, partindo da crítica à noção de direito adquirido, que reputa absolutamente improcedente. Conclue por estabelecer que a irretroatividade se refere apenas às situações individuais ou subjetivas:

“ces situations légales, situations permanentes dérivant de la loi, suivent toutes les transformations de la loi, et la loi nouvelle modifie une situation légale née

8) DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2.<sup>a</sup> edição vol. II, pág. 202.

9) CINO VITTA, *Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 87.

10) COOLEY, *Constitutional Limitations*, pág. 509.

11) LASSALLE, *Théorie Systématique des Droits Acquis*, 1904, pág. 213, 14, 15.

12) *Idem*.

13) SIMONCELLI, *Sui limite delle leggi nel tempo*, apud ESPÍNOLA, citado, pág. 163.

antérieurement, sans produire pour cela un effect rétroactif. La règle est, donc, tout simplement celle-ci : toute manifestation individuelle de volonté est toujours, quant à sa légalité et sa validité, régie par la loi en vigueur au moment où elle s'est produite, quelles que soient les modifications apportées postérieurement à la loi (14).

Poderíamos resumir o ponto de vista do ilustre publicista francês dizendo que a questão da retroatividade ou da irretroatividade está subordinada à distinção entre situações jurídicas individuais e situações jurídicas legais ou objetivas.

O princípio da irretroatividade, tal como o compreendem os autores clássicos, aplicar-se-á, apenas, às situações legais subjetivas. Só estas teriam o amparo do preceito exegético.

É certo que o autor não se referiu, expressamente, a leis retroativas em face de situações legais objetivas. O que afirmou é que, nesse caso, isto é, quando a lei prejudica uma situação legal objetiva, não está havendo, propriamente, nenhuma retroatividade.

Ora, tudo se reduz, como vemos, ao conceito de retroatividade ou ao conceito de direito adquirido.

Pode não estar aí caracterizado, como afirma DUGUIT, no caso de situações legais objetivas, a retroatividade proibida no direito positivo francês, mas, no sentido amplo da palavra, a lei que ignora uma situação jurídica anterior ou não a respeita é o que se denomina lei retroativa.

Nesse sentido, portanto, apenas nesse sentido, podemos afirmar que no direito administrativo a retroatividade é de fato a regra. Predominam no direito administrativo as normas de caráter objetivo, que criam situações legais, e que a lei posterior não é obrigada a respeitar.

As normas do direito administrativo surgem para a tutela de um interesse público (15) e, como tal, evidentemente se sobrepõem aos preconceitos de interesse privado, justificando a afirmativa de UGO FORTI de que

“...frente alle norme di diritto amministrativo non vi sono così detti diritti quesiti, se non in quanto l'interesse pubblico lo consenta” (16).

Não há dúvida, e já o dissemos, que nem todas as normas do direito administrativo se apoiam

em conceito de direito público tão absoluto que exija o completo desconhecimento do interesse privado (17), mas essas, de qualquer forma, predominam.

De qualquer forma, entretanto, fato é que no direito administrativo se outorga à retroatividade muito maior extensão do que no direito privado, como afirma FRITZ FLEINER que remata com o seguinte exemplo:

“...si..se estima ser prejudiciales al bien publico ciertos tipos de construcción, entonces la ley que ordena su supresion se aplica no solo a los edificios que en lo sucesivo se intente construir, sino tambien a los ya existentes” (17).

Ora, se a retroatividade tem essa enorme extensão, a ponto de poder determinar a aplicação de uma lei sobre construções até a edifícios já construídos, não vemos porque não afirmar, corajosamente, que ela é de fato a regra e não a exceção.

O que distingue a regra da exceção é a pluralidade dos casos e sua harmonia com o princípio científico que exemplifica. Ora, se o conceito de retroatividade no direito administrativo está de acordo com a razão científica, como vimos demonstrando, e se constitui a maioria dos casos, como sabemos, é regra e não exceção.

Poder-se-ia, talvez objetar que a retroatividade, isto é, a aplicação contra o direito adquirido, não é regra no direito administrativo porque em se tratando de interesse público não se reconhece nenhum direito adquirido.

Isto é um jôgo de palavras que não infirma o princípio: se não se reconhece direito adquirido, tanto vale dizer que a lei não regula apenas para o porvir, como afirma o direito francês, e há retroatividade, no sentido lato do termo.

Concluindo: Considerada a retroatividade como princípio de hermenêutica, poderíamos afirmar que apenas na *mens legis* encontra o intérprete a certeza de sua aplicação, mas que, todavia, na fixação dessa *mens legis*, isto é, na busca do espírito da lei, devemos considerar, em face do direito administrativo, a retroatividade como regra e a irretroatividade como exceção.

14) DUGUIT, *Obra citada*, pág. 202.

15) UGO FORTI, *Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 121.

16) *Idem*.

17) FRITZ FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Trad. da 9.<sup>a</sup> ed. alemã, pág. 73.