

Direito Administrativo

O princípio da retroatividade e o direito público

THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI
Procurador da República no Distrito Federal

A QUESTÃO da retroatividade ou irretroatividade das leis e dos atos administrativos tem dado lugar a um certo número de confusões, em virtude da maneira capciosa por que tem sido, por vezes, apresentado o problema.

Vamos, por isso mesmo, apresentar algumas notas elucidativas do assunto.

A matéria é por sua natureza complexa porque as doutrinas se tem desdobrado por uma evolução rápida, sofrendo necessariamente a influência das transformações sociais, políticas e econômicas a que temos presenciado.

Basta analisar os textos dos nossos diversos estatutos políticos, desde a Constituição de 1891 e a jurisprudência de nossos Tribunais, para verificar-se a exatidão dessa afirmação.

E esta influência se exerceu principalmente no terreno do direito público e administrativo onde, por vezes, a intervenção do Estado se justificou exatamente para restabelecer o equilíbrio social e econômico, por meio de leis que não obedecem ao princípio da irretroatividade.

Não cabe, evidentemente aqui longo desenvolvimento das doutrinas. A exposição sistemática das diversas correntes se encontra em livros especializados (1) mas apenas algumas diretivas sobre a aplicação dessas doutrinas ao campo dos nossos estudos.

A luta entre a necessidade de assegurar o respeito a situações jurídicas perfeitas e acabadas, aos chamados direitos adquiridos e a necessidade

também de conservar o equilíbrio entre o direito e as situações de fato é que constitue o fundo de todo o debate filosófico e principalmente político desta importante controvérsia no momento atual.

A crise profunda, incalculável, na estrutura social e econômica do mundo, impõe muitas vezes ao legislador e ao Governo, medidas excepcionais, rigorosas, cujos efeitos não podem ser perturbados pelo respeito a princípios entranhados no espírito do jurista e de uma grande camada social, que tem a sua vida fundada na estabilidade das normas jurídicas.

Este é talvez o aspecto mais impressionante do drama a que assistimos.

O direito precisa acompanhar os fatos, precisa evoluir com a revolução econômica, social, política e dificilmente será isso possível, dentro da aplicação rigorosa do princípio da irretroatividade. (2)

Este é o aspecto político do problema.

Por muitos anos a questão da aplicação da lei no tempo ficou condicionada principalmente ao princípio da obediência e respeito aos direitos adquiridos.

Especialmente Gabba (3) e Lasalle (4), os tratadistas clássicos mais citados, tomaram esta tese para os seus estudos.

(2) — Já há alguns anos autores se tinham manifestado sobre o atrazo do direito em relação às transformações sociais. São conhecidas as obras de Morin — La révolte des faits contre le Code — P. Bonnet — Le droit en retard avec les faits.

(3) — Teoria della retroattività delle leggi — de que existem diversas edições.

(4) — Théorie systématique des droits acquis — Trad. do original alemão — 1904.

(1) — As obras principais são as de Gabba, Lasalle, Faggella, Ferrara, Roubier, quase todos cientistas que expuseram a matéria dentro de um amplo quadro doutrinário.

Não obstante afirmaram estes autores o princípio da retroatividade das leis, salvo as exceções já mencionadas. Constitue realmente ponto fundamental de que a lei tem aplicação desde a sua vigência, atingindo todas as situações jurídicas sobre as quais recaem os seus dispositivos e que somente o respeito a direitos perfeitos e acabados, direitos adquiridos pode justificar a não aplicação da lei nova.

A regra, portanto será a retroatividade, entendida esta expressão no sentido da aplicação da lei às situações jurídicas em curso.

Mas a verdade é que, o princípio mereceu dos autores exame mais aprofundado, muitas vezes caracterizado por subtilezas doutrinárias e processos casuísticos que dificultam as soluções.

Merecem especialmente menção os estudos de Roubier (5), Faggella (6) e também, mais no campo do direito público, Theodociadés (7), Duguit (8), Jèze (9) e outros.

No campo do direito público e administrativo, entretanto, sempre o princípio da retroatividade foi aplicado com mais elasticidade, compreendendo não somente aquelas leis e atos de natureza política mas ainda todos aqueles emanados do poder do Estado e da administração que envolvam, por sua natureza e conteúdo interesses do Estado ou da coletividade.

Não somente as leis constitucionais, mas também as de polícia (que não tenham caráter puramente penal), as de caráter financeiro ou estatutárias, de um modo geral as que apresentam interesse público (10).

Não é preciso ir muito longe para mostrar a aplicação do princípio entre nós citando as leis que aboliram a cláusula ouro, que reduziu os juros dos empréstimos e regulou a usura, de renovação dos contratos de locação, que modificou o Código Civil nos casos de herança jacente etc. Todas essas leis, embora envolvam matéria de direito privado, tem, porém, um conteúdo de interesse público que muito as aproxima do campo do direito público.

(5) — A obra de Roubier — *Le conflit des lois dans le temps* — 2 vols.

(6) — Corso di Diritto Civile Italiano — *Retroattività delle leggi*.

(7) — *Essai sur la non retroactivité des lois*.

(8) — *Traité de Droit Constitutionnel* — vol. II.

(9) — *Cours de Droit Public*.

(10) — Ver Goulart de Oliveira — *Renovação de locação* — I — pgs. 76 e seguintes.

A distinção entre os dois campos clássicos do direito (público e privado) já se não mantém, aliás, com a mesma rigidez tradicional. Fritz Fleiner em uma obra citada por Henri Zwalsen (11) salienta esta aproximação, com a predominância, por vezes, do direito público, nos seguintes termos :

"Formas e elementos peculiares ao direito público surgiram e começaram a substituir, nos limites que já traçamos, as instituições oriundas do direito civil. Em mais de um ponto a estrutura civilista desapareceu completamente e foi substituída por uma nova estrutura de direito público..."

Esta nova estrutura jurídica permite libertar-se, dentro de certos limites, a administração pública da influência de um direito forjado de acordo com as necessidades de pessoas privadas iguais em direito e cujo objetivo é conciliar interesses privados do mesmo teor e efêmeras.

Esta emancipação permite a possibilidade de desenvolver certos princípios peculiares ao direito público, que dizem com os deveres e interesses da administração pública".

Este trabalho de Fleiner é de 1906 e já, então, com muita visão prognosticava o desenvolvimento das instituições públicas.

Ora, a teoria da irretroatividade absoluta, em seu sentido finalístico seria um dos grandes obstáculos à plena eficácia das instituições de direito público, que então se confundiriam, em sua técnica, com as instituições de direito privado.

A Constituição de 1891 (12) proibia expressamente as leis retroativas, ficando, porém, o sentido dessas palavras sujeito à definição preferida e às teorias que sobre o assunto se desenvolveram em todos os países. Aplicou-se entre nós de preferência aquela doutrina que confundia o princípio da irretroatividade com a da proteção dos direitos adquiridos, de acordo com o conceito dado pelo Código Civil em sua introdução.

(11) — Ueber die Unsbildung, pg. 9 — citada por Zwahlen — Des sociétés commerciales avec participation de l'Etat — pg. 113.

(12) — Art. 11 n. 3.

Ao se elaborar a Constituição de 1934 desenvolveu-se largo debate em torno da matéria (13), tendo sido aquele dispositivo de 1891 substituído pelos do artigo 113 ns. 3 e 27.

O primeiro reproduz o dispositivo do Código que assegura os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a causa julgada.

O segundo só permite a retroatividade da lei penal em benefício do réu. Os dois princípios não precisavam de consagração constitucional, estavam na lei e na consciência jurídica do país.

Não nos parece que tenha a Constituição de 1937 proibido as leis retroativas, de um modo absoluto, abriu, antes, um campo vasto para o debate doutrinário em torno da retroatividade legítima e ilegítima.

A Constituição de 1937 silenciou, preferindo, assim, acompanhar a generalidade das Constituições (14).

Nos Estados Unidos, por exemplo, a proibição de prescrever *ex post facto laws* só abrange as leis penais, pois que naquele país, sob o título geral de *Police Power* todos os interesses sociais teem sido protegidos, abolindo-se leis e contratos julgados prejudiciais ao interesse público.

Nada impede, como veremos no desenvolvimento das teses deste livro que os contratos sejam revistos como nada também impede que o legislador atribua aos atos legislativos efeito imediato, sem consideração de situações jurídicas nascidas sob a vigência da lei anterior.

(13) — Ver João Mangabeira — Em torno da Constituição — Companhia Editora Nacional, 1936.

(14) — João Mangabeira no estudo já citado, à pág. 147, só encontrou a proibição da retroatividade das leis, na Constituição da Noruega de 1814 e nas Constituições de Cuba, Haiti, México, Salvador, Honduras, Panamá, Perú, Paraguai, algumas delas já agora revogadas.

Neste caso, porém, tem sido exigida a condição de que à lei se atribua expressamente este efeito. Naturalmente que esta exigência só se justificaria quando a lei nova modificasse situações ou processos em curso (15) ou direitos adquiridos, porque o princípio geral é da imediata eficácia da norma legal.

É o que ensinam entre outros Eduardo Espinola e Filho (16) sobre a aplicação retroativa da lei, sob o regime vigente:

"não seria possível na vigência das Constituições anteriores uma lei retroativa por declaração do legislador ordinário. No domínio da Constituição atual, porém, é isso admissível, porquanto a proibição de prever os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a causa julgada, não resultam dum preceito constitucional mas duma lei ordinária — o Código Civil — podendo ser desatendido por outra lei da mesma natureza".

É este, aliás, o conceito também de Planiol (17) que admite a retroatividade por ato expresso do legislador, de momento que esta faculdade legislativa não sofre a restrição constitucional.

É entretanto de boa doutrina, a declaração expressa do efeito retroativo da lei.

São estes os apontamentos que hoje nos ocorrem em torno de tão debatido assunto.

(15) — Caso típico é o decreto-lei n. 1.907 de 1939 sobre as heranças jacentes, julgada legal pelo Supremo Tribunal a sua aplicação aos processos judiciais em curso

(16) — Tratado de Direito Civil Brasileiro, vol. II — pág. 230.

(17) — Traité de Droit Civil — pág. 250.