

# DIREITOS PROCESSUAIS ADQUIRIDOS

PINTO FERREIRA

## I — O conceito de direito adquirido

O direito adquirido é amplamente protegido e assegurado no texto constitucional.

Gabba estabeleceu em seu sempre citado livro *Teoria da retroatividade das leis* o seguinte conceito de direito adquirido: “É adquirido todo o direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei no tempo no qual o fato consumado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo direito; e que b) nos termos da lei sob cujo império se firmou o fato do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu”.

Direito adquirido é a vantagem jurídica, líquida, certa, lícita, concreta, que a pessoa obtém na forma da lei vigente e que se incorpora definitivamente e sem contestação ao patrimônio de seu titular, não lhe podendo ser subtraída por vontade alheia, inclusive dos entes estatais e seus órgãos”.

No direito alemão, é chamado de *erworbene Recht* (sobre o assunto existindo a obra de Ferdinand Lassalle, intitulada *Das System der erworbenen Recht* (Leipzig, 1861). No direito norte-americano, é designado por *vested right*. Assim o define Black em seu *Dicionário de direito*: “Um direito completo e consumado, de tal caráter que não pode ser desconstituído sem o consentimento da pessoa a que pertence, e fixado ou estabelecido, e nunca mais aberto a controvérsia” (State ex rel. Milligan v. Ritter’s State, Ind. App. 46 N.E. 2s 736, 743).

## II — Irretroatividade das leis e do direito adquirido

A lei não retroage, no direito brasileiro, para ofender o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Black no seu *Dicionário de direito* usa as expressões leis *ex post facto*, leis retrospectivas (*retrospective laws*) e lei retroativa (*retroactive law*) como sinônimas.

Lei retroativa é a lei que olha o passado e procura afetar e atingir fatos já ocorridos, atingindo destarte direitos adquiridos, denominados *vested rights* no direito norte-americano.

A irretroatividade é um princípio de direito pelo qual a lei nova não pode retroagir os seus efeitos ao passado com relação ao direito adquirido, à coisa julgada e aos atos jurídicos perfeitos.

No direito romano o princípio da irretroatividade se consolida com os fundadores do *jus civile*. Cícero condenava veementemente as leis retroativas nas suas famosas *Verrinas*.

Com Ulpiano (D. 38, 17, 1, 12) aparece bem nítida a distinção entre *causae finitae*, entendidas como relações jurídicas definitivamente estabelecidas e a salvo da aplicação e incidência da nova lei, e *causae pendentes*, contra as quais incidiria a nova lei.

Posteriormente surge a Primeira Regra Teodosiana, em 393 d.C., contida na Constituição de Teodósio I; e, em 440 d.C., a Segunda Regra Teodosiana, de Teodósio II. A matéria foi disciplinada no Código de Justiniano (i, XIV, 7).

Paul Roubier sintetiza com precisão o princípio da irretroatividade conforme a orientação romanística: 1) a irretroatividade apresenta-se como regra definitiva; 2) a lei aplica-se somente aos casos futuros (*negotia futura*) não aos fatos passados ou pretéritos (*facta praeterita*); 3) a lei não se aplica aos fatos pendentes, salvo disposição expressa.

Delimitou-se destarte com extrema precisão a distinção entre as noções de *facta praeterita*, *facta futura* e *facta pendentia*.

O Código Civil francês prescreve no art. 2º: “A lei não dispõe senão para o futuro; ela não tem efeito retroativo”. O Código Civil austríaco de 1811 (art. 5º) determina: “As leis não retroagem; não têm, conseqüentemente, nenhum efeito sobre os atos anteriores e sobre os direitos anteriores adquiridos”.

A teoria desenvolvida por Paul Roubier é mais recente, exposta nos livros *O direito transitório* e *O conflito das leis no tempo*, obras básicas atuais.

O direito intertemporal é um conjunto de normas que regem o impacto, no tempo, de normas que visem regular preceitos sobre o mesmo fato. As normas jurídicas existem no espaço e no tempo, têm uma validade espacial e temporal. Quando uma norma jurídica se torna obrigatória, é ela aplicável em determinado território e incide no tempo.

A lei é também um ente temporal, que possui uma duração, um princípio e um fim; está condicionada à sua existência no tempo, com o termo *a quo*, que é o início de sua vigência, e o termo *ad quem*, que é o de sua revogação.

### III — Roubier, a irretroatividade das leis e o direito adquirido

O princípio básico do direito intertemporal é o da irretroatividade da regra jurídica, que Roubier assinala ter entrado “para o patrimônio comum dos povos civilizados” (*O direito transitório*, 2ª ed., Paris, 1960, p. 22).

A norma jurídica não se aplica ao passado, aos fatos pretéritos, pois seria adotar o seu efeito retroativo. Ela visa aplicar-se aos fatos futuros, tem um efeito prospectivo.

A aplicação da norma jurídica aos fatos pendente é motivo de exame mais aprofundado.

Ensina Roubier: “Se a lei pretende aplicar-se a fatos já ocorridos (*facta praeterita*), ela é retroativa; se pretende aplicar-se a situações em curso (*facta pendentia*), será preciso estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data de mudança de legislação, que não poderiam ser atingidas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, se deve ser aplicada, não terá jamais um efeito imediato; enfim, em face dos fatos por vir (*facta futura*), é claro que a lei não pode jamais ser retroativa”.

Busca-se uma nova interpretação do problema, conforme Paul Roubier em suas obras: *Distinção do efeito retroativo e do efeito imediato da lei*, na Revista Trimestral de Direito civil (1928), *O Conflito das leis no tempo* (Paris, 1929-1933), *O direito transitório* (Paris, 1960) e *Direito subjectivo e situação jurídica* (Paris, 1963), bem como do mestre brasileiro Limongi França em seu *Direito intertemporal brasileiro*.

Conforme Roubier, “a base fundamental da ciência do conflito das leis, no tempo, é a distinção entre efeito *retroativo* e efeito *imediato*”. Ele acrescenta, que o primeiro “é a aplicação no passado” e o outro “a aplicação no presente”.

Este raciocínio se aplica sobretudo diante dos *facta pendentia*, porque com relação aos *facta praeterita* não ocorre a retroação, enquanto que no que concerne aos *facta futura* não é possível a retroatividade.

Quanto aos primeiros “é preciso se estabelecer uma separação entre as *partes anteriores* ao ato de mudança da legislação, que não poderia ser atingida sem retroatividade, e as *partes posteriores*, em relação as quais a lei nova, se lhe deve aplicar, não terá senão um efeito imediato”.

Por isto, quando o legislador declara que a lei em vigor “terá efeito imediato, com isto apenas determina que a lei nova em princípio se aplica aos *facta futura*, como às “partes posteriores” dos *facta pendentia*.

Roubier estabelece exceções para o efeito imediato, dizendo que em certas matérias, o efeito imediato é excluído da mesma forma que o efeito

retroativo, é o que se dá como exemplo com os *contratos em curso*, para os quais a regra é outra, a saber a da sobrevivência da lei antiga.

De outro lado com respeito às regras processuais é admissível que ela não atinja os fatos já praticados, que devem ser preservados pelo princípio da economia processual.

#### IV — O Código de Processo Civil de 1973 e os direitos processuais adquiridos

O CPC de 1973 preceitua em seu art. 1.211: “Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes”.

Assim sendo a lei nova não se aplica aos processos já findos nem aos processos futuros, o que é de uma lógica evidente na literalidade do texto. Aplica-se apenas aos processos pendentes. Seria melhor que o CPC tivesse consagrado de forma expressa o princípio da irretroatividade da lei processual como ocorreu com o art. 2º do CPP.

Pontes de Miranda assim interpreta em seu *Comentário ao Código de Processo Civil* (Rio de Janeiro, Forense, 1978, tomo 17, p. 4): “A lei processual é de incidência imediata, vale dizer: a sua *vigência* determina a *incidência* sobre todos os atos que se vão praticar, ou se estão praticando”.

A respeito existem várias teorias explicativas do momento em que opera a lei nova. Antônio Carlos de Andrade Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco em sua *Teoria Geral do Processo* (cit., p. 97) assim esclarecem o assunto: “A questão coloca-se, pois, apenas no tocante aos processos em curso por ocasião do início de vigência da lei nova. Diante do problema, três diferentes sistemas poderiam hipoteticamente ter aplicação: a) o da unidade processual, segundo o qual, apesar de se desdobrar em uma série de atos diversos, o processo apresenta tal unidade que somente poderia ser regulado por uma única lei, a nova ou a velha, de modo que a velha teria de se impor para não ocorrer a retroação da nova, com prejuízo dos atos já praticados até à sua vigência; b) o das fases processuais, para o qual distinguir-se-iam fases processuais autônomas (postulatória, ordinatória, instrutória, decisória e recursal), cada uma suscetível, *de per si*, de ser disciplinada por uma lei diferente; c) o do isolamento dos atos processuais no qual a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, nem seus efeitos, mas se aplica aos atos processuais a praticar, sem limitações relativas às chamadas fases processuais”.

Assim sendo, diante do art. 1.211 do CPC houver diversas interpretações apontadas.

A primeira interpretação aderiu ao sistema da unidade processual, conforme a qual a lei nova retroagiria para provocar a nulidade e a repetição de todos os atos já realizados, ou à maneira inversa, aceitar a sua validade. Permanece a unidade processual do sistema.

A segunda interpretação é a do sistema das fases processuais, conforme a qual a lei nova só retroagiria com incidência para a fase processual em curso, e não em toda a unidade processual. Existem várias fases processuais: postulatoria, conciliatória, instrutória, decisória e recursal. A lei nova só retroagiria para a incidência nos atos praticados em uma determinada fase processual, e não nas anteriores.

A terceira interpretação é a do *sistema do isolamento dos atos processuais*, a lei nova respeitando os atos processuais já praticados e só incidindo sobre o futuro.

Esta doutrina do isolamento dos atos processuais é a mais aceita, representa uma economia processual, porém esta economia processual seria melhor atingida com o princípio da irretroatividade da lei processual.

Ocorre entretanto dúvida quanto à aplicação do artigo, nos casos pendentes no que diz respeito à impenhorabilidade da casa residencial do devedor, o chamado bem de família (Lei nº 8.009, de 30.3.90, art. 6º). A jurisprudência se orienta no sentido de eficácia imediata da dita lei, mesmo com a finalidade de desconstituir penhoras já realizadas na vigência da legislação anterior, quando a lei nova entrou em vigor.

Assim sendo fica consagrada a doutrina dos direitos processuais adquiridos, como devem ser designados, pois os atos processuais já realizadas devem ser amparados pelo princípio do direito adquirido.