

# DIREITO ADQUIRIDO E RETROATIVIDADE DE LEI

J. M. OTHON SIDOU

*Sumário: Considerações preliminares (1-2). As definições (3-4). Teoria da esperança (5). Teoria dos direitos adquiridos (6-13). Teoria do fato aquisitivo (14). Reação à doutrina clássica (15-16). Teoria do interesse (17). Teoria da existência (18). Teoria dos fatos cumpridos (19-20). Teoria da vontade (21). Teoria da situação jurídica (22). A concepção do conflito de leis no sistema brasileiro (23). Considerações finais (24).*

## Considerações preliminares

1 — Posto que a Constituição do Império (1824) e a primeira da República (1891) deixassem a marca expressa da irretroatividade da lei, e as sucessivas (1934, 1946, 1967, 1988) tratem do direito adquirido, não mais mencionando a lei irretroativa, nelas todas está implícita uma ou outra dessas figuras jurídicas supostamente omissas. E assim, porque qualquer desses preceitos — direito adquirido e irretroatividade de lei — uma vez presente no texto constitucional, envolve o outro. O indivíduo só se sente atingido em seu direito já consolidado, a partir de lei nova que o destrua ou modifique. Uma vez que não incida contra o direito estante, a lei é inócua e tanto faz ser irretroativa — vigor *ex nunc* — ou retroativa — vigor *ex tunc*.

Eis porque, tendo ingressado explicitamente na legislação brasileira por meio da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1916, o direito adquirido nunca deixou de ser instituto de direito constitucional implícito, até a sua explicitação na Carta política de 1934. Ademais, porque, sendo direito constitucional, não se restringe a ser peculiar ou privilégio de determinado campo jurídico. “É pleno império de lei”, toda lei, e assim já o expressa Lassale, seguido de perto por Gabba.

Pela mesma ordem de raciocínio, tendo deixado de incluir taxativa declaração de inconstitucionalidade da lei, a Constituição o consagra implicitamente: se a lei nova investe contra dispositivo constitucional, inconstitucional é, porque atinge o art. 59(XL) da Carta política, que preserva o direito adquirido.

A dúvida reponta de quando se faz preciso situar o momento em que a aquisição do direito se efetiva, visto como, entre o antes e o depois da consolidação do direito, há uma zona cinzenta, que é de mister considerar.

Antes, porém, vale observar que, recitando a Constituição, no dispositivo citado, que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, ela deixou às claras que, no direito pátrio, a lei *pode ser retroativa*, desde que não contravenha “o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, preceituado no item XXVI do mesmo artigo assegurador de direitos e garantias.

Em sumária mirada no direito comparado, observa-se que, das Constituições europeias do século XIX, apenas a da Noruega, de 1814, estatui no art. 97 que “nenhuma lei poderá ter efeito retroativo”; e, do século XX, somente a Constituição Espanhola de 1978, assenta em seu art. 83 que “as leis de base não poderão (letra *b*) ditar normas de caráter retroativo”.

Ao diverso desse aparente mutismo constitucional europeu, as Cartas políticas do Continente americano dão letra expressa ao proibitivo da retroação legal. Mas, tal como as da Europa, não se fixam no direito adquirido, sem embargo um preceito universal, previsto noutra escaninho de seu naípe legislativo.

Todavia, a mais recente (1999), a da Venezuela, consagra, no art. 24, que “nenhuma disposição legislativa terá efeito retroativo, exceto quando imponha pena menor”, o que leva ao entendimento de que, do mesmo modo como a brasileira, a lei venezuelana pode ser retroativa,

Nesse ponto, o sistema argentino é sobremaneira explícito. Cita o art. 4044, vigente, do Código Civil: “A lei nova deve ser aplicada aos fatos anteriores, quando só privem os particulares de direitos que sejam direitos em mera expectativa; porém não pode aplicar-se aos fatos anteriores quando destruam ou mudem direitos adquiridos.

Por sua peculiaridade, vale registrar o que dispõe a Constituição do Panamá, de 1946: assenta seu art. 44 que “as leis não têm efeito retroativo, exceto as de ordem pública ou de interesse social”. É uma tese que venho repetindo há muito e que equivale a dizer: *não há direito adquirido em direito público*.

