

APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO

EURICO CRUZ NETO(*)

A lei, como fonte formal do direito, se projeta no espaço e no tempo, sendo a primeira dimensão relativa ao Estado que exerce sua soberania e a segunda limitada pelos termos inicial e final da norma jurídica.

Quando se refere à dimensão temporal se usa a locução eficácia da lei no tempo pois a norma quase sempre é eficaz até que seja derogada porquanto se tornando antiquada sobrevém outra que a revoga.

Todavia por vezes sucede que a lei antiga cria relações jurídicas cuja permanência se impõe, surgindo o conflito sobre a aplicabilidade de cada qual dos sistemas, cabendo ao legislador fixar se tais situações devam ser regidas pela lei nova ou mesmo o desfazimento completo com a aplicação retroativa da nova norma.

Para solucionar tais conflitos se deve recorrer aos princípios da irretroatividade das Leis e do respeito ao Direito Adquirido, devendo o jurista no exame da diferença entre Direito Adquirido e Expectativa de Direito, nas noções dos Direitos de Aquisição Complexa e no binômio Direito Adquirido e Ordem Pública.

É, pois, indispensável o estabelecimento de parâmetros e de um critério técnico para propiciar aos juristas o exame da matéria de forma científica.

No Direito pátrio inexistente uma ciência a respeito de tema tão palpitante, mas há possibilidade de que se reúnam critérios doutrinários para dirimir as dúvidas, sendo necessário que se atinja ao estágio almejado para evitar a perpetuação de dúvidas que impeçam a estabilidade nas relações jurídicas com reflexos na paz social.

O jurista *Limongi França*, que estudou profundamente a matéria, entende que se torna necessário estabelecer uma estrutura doutrinária sobre a matéria com base na própria doutrina nacional, associada às nossas tra-

(*) Julz Vice-Presidente do TRT da 15ª Região e Professor de Direito do Trabalho da PUC — Campinas.

dições e as peculiaridades próprias do nosso país impõem soluções próprias e não alienígenas, porquanto somente as primeiras podem conduzir à segurança e estabilidade jurídica interveniente.

A irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido nos sistemas estrangeiros deve ser examinada tendo em vista que o *Direito Arcaico*, o *Direito Romano* e o *Direito Intermédio* são as raízes do Direito Luso-Brasileiro e também face à influência mútua das diversas doutrinas estrangeiras e formas de legislação, que fizeram o direito estrangeiro ser aceito entre nós a ponto de se integrar a nosso direito no que tange ao tema sob exame.

A importância da fase embrionária é fundamental pois o instituto do direito adquirido constou do Direito Mesopotâmico (3.000 a.C.), nos Direitos Hindu, Hebraico, Chinês, Grego, no Direito Romano em todas suas fases, no Direito Intermédio e nos Códigos Medievais.

A fase científica do Direito Adquirido se iniciou com a Exegese e a Escola Histórica porquanto ao longo dos milênios se delineou o desenvolvimento do estado de fato até se alcançar o estado de direito e, consequentemente, a fixação dos limites temporais da lei antiga em relação à lei nova e a noção de que em princípio a norma antecedente em princípio não pode ser derogada por um novo sistema.

No Direito Romano há perfeita definição no Princípio da Irretroatividade das Leis, onde se estabelecem que nos *negotia finita* não há se falar em retroatividade e no Código de Justiniano também houve tentativa de criação de um sistema, surgindo no Direito Medieval a noção de efeito imediato e, na mesma fase com o Direito Canônico e os Pós-Glosadores veio a noção do *Jus Quaesitum*.

Esta última idéia se desenvolveu nos séculos XVI a XVIII e propiciou o surgimento da fase científica no século seguinte, de início com a Consolidação do Direito Adquirido como Doutrina Clássica, após como a tentativa de alterações por critérios mais completos e, por último o retorno à Doutrina Clássica que finalmente acabou prevalecendo.

A maioria das Constituições apenas adotava o princípio da irretroatividade em matéria penal, sendo exceção a Constituição Americana, apesar de escaparem à regra algumas legislações substantivas como a da Costa Rica e da Noruega e, também, a Lei Magna Portuguesa de 29.4.1826 e, tendo o Código Espanhol de 1988 fixado que as leis não teriam efeito retroativo caso não houvesse disposição em contrário, foi enorme a influência deste diploma legal nos sistemas hispano-americanos.

Merlin foi um dos juristas cuja obra exerceu grande influência no século XIX, inclusive no Direito Brasileiro (Projeto Felício dos Santos) e sua doutrina, em linhas gerais, fixou o seguinte:

- I. o princípio geral é de que as leis não podem retroagir.
- II. há casos em que podem retroagir:

a) quando revigoram leis preexistentes (efeito repristinatório expresso);

b) quando considerações de ordem política levam o legislador a retroagir em matéria de direito privado;

c) quando o legislador dispõe expressamente no sentido da retroatividade.

A regra, todavia, é a de que a lei não pode retroagir e, deste modo cabe definir o que é retroatividade.

A retroatividade ocorre nas seguintes hipóteses:

1) *quando a lei atinge o passado e o altera;*

2) *quando tal mutação constitua prejuízo direto às pessoas, sujeitas à tutela da relação jurídica sob a égide da lei antiga. Tal prejuízo só ocorre quando da supressão de direitos adquiridos.*

Merlin define direito adquirido como "*aqueles que entraram no nosso patrimônio, que dele fazem parte, e que não podem ser tirados por aqueles de quem o obtivemos*".

Pontua o autor que os *direitos distinguem-se das faculdades*; estas podendo ser conferidas pela lei ou pelos indivíduos. Quando estas já tenham sido exercidas e o seu objeto já tenha sido incorporado a patrimônio individual.

Aduz que "*o legislador não constata quando confere uma faculdade, permite, mas não se obriga; conserva, pois, sempre, o direito de retirar a permissão*". Também define a expectativa de direito como a "*esperança, advinda de um fato passado ou de um estado atual de coisas, de gozar de um direito lorsqu'il s'ouvrira*".

Classifica *Merlin* duas formas de expectativa, a primeira oriunda da vontade individual ou de uma lei revogável e a segunda exemplificada pelo resultado de um contrato ou de testamento cujo autor já morreu, fixando o entendimento que nestes casos está fora do alcance de leis posteriores, ainda que dependa de condição.

Tal entendimento doutrinário merece críticas quanto ao conceito de expectativa de direito eis que alinha paralelamente situações onde o direito adquirido se manifesta com as em que ocorre mera expectativa.

A obra de Gabba

Após o trabalho de grandes juristas italianos, sobretudo a obra de *Pacificio Mazzoni*, o ponto alto das doutrinas se deu com a obra de Gabba "*Teoria della Retroattività delle Leggi*" (1º volume em 1891; 2º em 1897 e 3º em 1898).

No primeiro volume (*Prolegomeni*) se encontram as linhas fundamentais, resultado de estudos de Direito Romano, Direito Canônico e Direito Comparado, se sedimentando a doutrina em que "as leis não devem retroagir" e que "a razão e o verdadeiro limite da retroatividade das leis consistem unicamente no respeito ao Direito Adquirido".

As dificuldades que o autor encontra para erigir a teoria são a complexidade dos institutos jurídicos e a indeterminação do significado de muitas expressões técnicas.

Gabba concorda em que a teoria sobre a matéria não pode apresentar princípios absolutos, mas que se deve buscar a fixação de princípios gerais de aplicação aos casos concretos, variáveis de acordo com as circunstâncias eventuais.

Ensina o autor que os direitos adquiridos que quaisquer espécies de leis novas devem respeitar, se situam no amplo espectro da ciência jurídica, não se circunscrevendo à qualquer área do direito.

Após criticar os autores mais eminentes, se embasa na seguinte conceituação de Savigny:

"Direito adquirido é todo direito fundado num fato jurídico realizado, mas que ainda se faz valer".

Segue o raciocínio contrapondo tal definição às "faculdades abstratas" e às meras "expectativas", esclarecendo que a noção de direitos adquiridos não abrange aqueles consumados mas "aqueles direitos que foram adquiridos, mas não foram ainda efetuados ou consumados".

Seu próprio conceito é o que se segue:

"É adquirido todo direito que — a) é conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato foi consumado, embora a ocasião de fazê-lo valer não tenha se apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo; e que — b) nos termos da lei sob cujo império de entabulou o fato do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu".

Assinala que a expressão *fato* abrange *fatos e relações jurídicas*, que se referiu a *fato consumado* pois se a origem (do fato) "não seja tão perfeita como quereria a lei do tempo, esta lei não pode ter uma eficácia que a lei posterior deva respeitar" e que quando fala em fazer parte do *patrimônio* procurou aclarar que o direito adquirido não se confunde com "as meras possibilidades ou abstratas faculdades jurídicas, nem as simples expectativas".

Sua análise do direito adquirido gira em torno de três noções:

- 1) de direito concreto ou subjetivo;
- 2) de direito como elemento do patrimônio;
- 3) dos fatos aquisitivos.

A primeira idéia se explica no seguinte:

A afirmação da existência de um direito pressupõe a *existência de um fato* (direito subjetivo) e de *uma lei* (direito objetivo) que do fato faça provir um direito.

Sem o fato, portanto, a lei constitui mera possibilidade, sendo certo que o direito concreto deve se fundamentar na lei vigente.

Quanto à segunda idéia de que o direito é elemento do patrimônio, deve haver distinção entre os que não têm caráter patrimonial, como a tutela e a menoridade, que representam mera possibilidade.

No que tange à terceira idéia, dos fatos aquisitivos, devem observar os seguintes requisitos:

- 1) que sejam completos;
- 2) que tenham sido implementados em tempo idôneo;
- 3) que o agente tenha capacidade prevista legalmente;
- 4) que as formalidades legais tenham sido observadas, sob pena de nulidade.

Os fatos aquisitivos podem ser simples, ou seja, quando se consumam instantaneamente, sem sucessividade e complexos, como o usucapião que pressupõe a prática de vários atos dentro de um lapso temporal, ou no caso da sucessão testamentária quando há o testamento de um lado e a aceitação do herdeiro de outro e, finalmente, quando ao ato deva se incorporar evento cuja verificação está fora do poder do pretense detentor, como as transmissões unilaterais sob condição.

Cabe indagar dentro deste contexto se a lei nova se projeta às partes ainda inatingidas pelo fato aquisitivo complexo, advertindo *Gabba* não ser possível fixar critério absoluto pois apenas com alguns casos o direito em decurso se verifica, ficando a consumação sujeita à presença ou não de característica idônea, entendido como tal que o fato não verificado seja infalível, que o que falta para aperfeiçoar a transmissão não dependa de quem tenha o interesse contrariado pelo fato e que a aquisição que se transmude em complementação do fato tenha a sua raiz em um direito anteriormente adquirido.

Afora tais situações, o que se tem é uma mera expectativa de direito.

No final de sua obra *Gabba* examina a extensão do direito adquirido sob os ângulos dos efeitos e conseqüências, as formas e modos de execução e de garantias do mesmo e a duração no tempo.

Cabe aqui pontuar aspecto de suma importância prática representada por decisão do STF (ADIn 694-1-DF Acórdão, Sessão Plenária 6.10.93) que julgou inconstitucional ato administrativo de Tribunal concedendo reajuste no percentual de 26,05% referente ao mês de fevereiro de 1989. O Excelso Pretório se baseou na inexistência de direito adquirido.

Esta decisão é consoante a teoria de *Gabba* eis que o direito foi negado em virtude de não implementada a condição subordinada ao lapso temporal. O direito em questão não se consumou, porque a Lei n. 7.730/89 foi promulgada antes do início de fevereiro de 1989, atualizando as parcelas a este correspondentes, não se podendo cogitar de retroação.

Tal decisão, embora não seja atinente a trabalhadores regidos pela CLT e sim funcionários públicos, passou a ser adotada nos conflitos envolvendo os trabalhadores regidos por este diploma legal.

Em razão dos reiterados pronunciamentos do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no sentido da inexistência de direito adquirido, adveio o cancelamento do E. 317 do Tribunal Superior do Trabalho, através da Resolução 37/94, publicada no DJU de 25.11.94, não havendo mais falar-se em direito adquirido ao reajuste (URP de fev./89), mas, tão-somente em expectativa do mesmo.

A obra de Paul Roubier

Sua doutrina foi exposta em várias obras, sendo as principais "Distinction de l'Effet Rétroactif et de Effet Immédiat de la Loi", da "Revue Trimestrielle", de 1928, na obra "Le Conflit des Lois dans les Temps", publicada em 1929 e 1933 e revista e aumentada em 1960 sob o título "Le Droit Transitoire" e finalmente no trabalho "Droits Subjectifs" e "Situation Juridique", de 1963.

Roubier também elaborou o Anteprojeto sobre o Conflito de Leis no Tempo, apresentado à Comissão de Reforma do Código Civil da França, em 1949.

Sua teoria se embasa nos seguintes princípios:

1. "A base fundamental da ciência do conflito das leis no tempo é a distinção entre o efeito retroativo e o efeito imediato da lei."

2. "O efeito retroativo é a aplicação no passado; o efeito é imediato, a aplicação no presente... Se a lei pretende aplicar-se a fatos realizados ela é retroativa; se pretende aplicar-se a situações em curso é preciso estabelecer uma separação entre as partes anteriores e a data da mudança da legislação que não poderiam ser atingidas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, se lhes deve aplicar, não terá jamais senão efeito imediato; enfim, à face dos fatos futuros é claro que a lei não pode, jamais, ser retroativa."

3. "Em certas matérias, como nos contratos em curso, a regra é a sobrevivência da lei antiga."

4. "O intérprete só pode conceder efeito retroativo face à lei expressa. Em caso da existência de um decreto concedendo efeito retroativo, de-

verá ser anulado por violação de lei (art. 2º do Código Civil Francês). Se tal espécie de norma previr a aplicação imediata, o comando deve prevalecer.”

5. “Para distinguir efeito retroativo do efeito imediato deve ser entendida a noção de *situação jurídica* (por exemplo, de proprietário, de comprador, de herdeiro, etc. ...) que não se realizam de imediato, mas se desenvolvem no tempo. Deste modo a lei pode atingir partes anteriores (efeito retroativo) ou partes posteriores (efeito imediato).

A situação jurídica tem a fase dinâmica, que corresponde à etapa de constituição (ou extinção) ou a estática, último estágio em que os efeitos se produzem.”

6. A lei pode objetivar a regulação de condições de constituição (ou extinção) e, assim sendo, sem retroatividade não podem apreciar a eficácia de fato pretérito.

7. Quando se tratar de lei objetivando a fixação no presente dos efeitos de uma situação jurídica, a situação anterior é regida pela lei antiga.

O Direito Brasileiro

O princípio da irretroatividade está contido no art. 6º do Decreto-lei n. 4.657, de 4.9.1942, que dispõe: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

Na obra “Teoria Geral do Direito Civil”, de *Clóvis Bevilacqua*, revista e atualizada por *Caio Mário da Silva Pereira* (Editora Francisco Alves, 2ª ed.) se encontra em nosso entendimento ensinamento claro sobre o tema, que procuraremos resumir.

Certo que a partir do momento em que a lei nova se torna obrigatória surge o conflito com as que anteriormente regulavam a matéria e, a princípio, a não retroatividade e as regras do direito intertemporal apresentam a solução.

Não se afirma que a lei nova terá como ponto de referência apenas os fatos futuros, mas que os efeitos jurídicos derivantes da lei anterior ficam assegurados aos detentores dos direitos; porém, os atos reguladores de situações semelhantes passarão a ter uma nova forma de tutela pela nova ordem jurídica.

Na vida social há necessidade de regras de verdadeira política jurídica e, deste modo, se deve preservar o direito existente até o ponto em que não constitua óbice às mudanças culturais da sociedade, que a nova lei pretende estabelecer.

Daf o princípio da não retroatividade estar contido na Constituição, sendo ainda melhor explicitado no citado art. 3º do Código Civil e, a consequência deste sistema legislativo é que qualquer norma de caráter Federal, Estadual ou Municipal está sujeita ao comando da lei substantiva.

O direito adquirido se incorpora ao patrimônio individual e a não retroatividade consiste em princípio de proteção.

Assim sendo devem ser fixadas algumas regras, a saber:

a) Os direitos já realizados ou que estejam em vias de se consumar mediante determinado prazo, são insuscetíveis de alteração lesiva por nova lei;

b) É inviável que o arbítrio de terceiro torne insubstistente o direito realizado ou dependentes de prazo cujas condições preconizaram a inalterabilidade;

c) Os direitos adquiridos são vantagens individuais e não podem ser extintos mesmo quando decorrentes de supressão das condições essenciais em que se consumaram. Exemplo: o servidor público que faz jus aos seus vencimentos, mesmo que alterado ou extinto o cargo que ocupava;

d) As leis relativas ao estado e à capacidade pessoais, aplicam-se de imediato aos detentores das condições literalmente previstas, lhe cedendo o passo o direito anterior.

(Exemplo: se houver alteração quanto à responsabilidade penal do menor, a lei nova dirimindo a faixa etária se aplica de imediato).

Cabe comentar que em se tratando de ordem pública, a lei nova deve prevalecer, apesar de direitos dos detentores das condições previstas na norma revogada.

e) As leis que extinguem instituições têm eficácia imediata.

O mesmo comentário anterior cabe com relação a este princípio.

f) "As condições de validade, as formas dos atos e os meios de prova dos atos jurídicos devem ser apreciados de acordo com a lei em vigor, no tempo em que elas se realizaram" (obra citada, pág. 28);

g) As leis políticas, as de jurisdição, de competência e regras processuais têm aplicação imediata, ainda que os atos tenham se iniciado na vigência da lei antiga, eis que estabeleceu nova ordem jurídica. Todavia, há possibilidade de flexibilização mediante disposições transitórias a critério do legislador, que pode atenuar seus efeitos;

h) Em se tratando de leis penais as atenuações se evidenciam, havendo penas mais brandas nas leis novas ou até mesmo disposições no sentido de inventar atos que até então eram puníveis e deixaram de sê-lo (art. 3º do Código Penal).

O princípio da irretroatividade da lei é ligado à proteção constitucional do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada e, deste modo o próprio legislador fica subordinado a tal restrição. Todavia, este postulado deve ser consoante a questão da aplicação imediata da lei, vez que o aspecto formal a ser examinado é a consonância entre estes dois princípios.

Várias teorias versaram sobre o tema; porém, conforme ressalta *Délio Maranhão* na obra "Instituições do Direito do Trabalho", a mais difundida é a do direito adquirido que pode ser resumida nos seguintes termos:

"Se uma controvérsia recai sobre um direito adquirido ao tempo da lei antiga, a lei nova não se aplica; se tiver como objeto um fato que sob o império da lei anterior que constitua simples faculdade ou mera expectativa a ela se aplica a lei vigente."

Os juristas chamam a atenção sobre a incerteza da expressão "direito adquirido", afirmando o jurista citado que a mesma é substancialmente tautológica, ou seja, vício de linguagem que consiste em dizer por formas diversas a mesma coisa.

Filadelfo de Azevedo fala em "hipertrofia do direito adquirido", ou seja, crescimento exagerado da conceituação e aplicação.

No exame das regras que se referem ao direito adquirido se verifica dicotomia entre o § 2º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, que considera adquiridos não somente o direito que pode ser exercido por seu titular ou alguém por ele como os que tenham "tempo fixado ou condição preestabelecida inalterável a arbitrio de outrem", o que contradiz o art. 118 do Código Civil que estabelece o seguinte:

"Subordinando-se a eficácia do ato e a condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito a que ele visa."

Coviello, na obra "Doctrina general del derecho civil", tradução mexicana, 1938, pág. 110, conclui que a norma legal não pode obrigar antes de existir e por isso é lógico e justo que não estenda sua eficácia aos fatos ocorridos antes de sua vigência.

Todavia, na prática, a retroatividade existe pois há a possibilidade de a lei nova desconhecer as conseqüências já realizadas do fato ocorrido, destruindo benefícios já consumados e obstaculizando as conseqüências futuras de um fato consumado.

Fala o art. 6º da Lei de Introdução que são inatingíveis "as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito".

Para exemplificar a importância da questão no direito do trabalho, o exemplo mais evidente são as leis que criam os diversos planos econômicos e que limitavam a concessão de reajustes salariais quando já existiam situações preexistentes estabelecidas tanto protegidas pelo direito adquirido (leis salariais determinando a observância dos índices de inflação incidentes sobre os salários) como cláusulas normativas decorrentes de dissídios, acordos ou convenções estabelecendo observância das variações quantitativas futuras, estas exteriorizadas sob a forma de ato jurídico perfeito.

Nesta questão também cabe análises à aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, sintetizada na teoria da imprevisão, no sentido de que eventos alheios à vontade das partes interessadas podem instituir nova ordem jurídica, derogando as conquistas anteriores conforme comentamos no item d),

há autores que defendem que em se tratando da ordem pública a lei nova prevalecer. No tocante a princípio constitucional é certo que pode revogar direito adquirido se houver disposição expressa.

Aplicação imediata das leis de proteção ao trabalho

As leis de proteção ao trabalho têm aplicação imediata pois ensejando a mutação de institutos jurídicos as pactuações pretéritas perdem sua base eis que o legislador visa regular a situação dos trabalhadores como tais e não como contratantes. Tal explicação é válida no sentido de se determinar sobre a diferença das normas de direito civil e do trabalho, pois enquanto que as primeiras visam a proteção das condições contratuais estipuladas, as segundas objetivam primacialmente resguardar os direitos do trabalhador em razão da sua hipossuficiência diante da estrutura econômica dos meios de produção.

Bibliografia

"A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido", *França R., Limongi*, Revista dos Tribunais.

"Teoria Geral do Direito Civil", *Bevilaqua, Clóvis*, Ed. Francisco Alves.

"Instituições de Direito do Trabalho", *Süssekind, Arnaldo; Maranhão, Délio*, Ed. LTr.

"Da Retroatividade da Lei", *Cardozo, José Eduardo Martins*, Revista dos Tribunais.