

DIREITO ADQUIRIDO E LEIS DE ORDEM PÚBLICA

Joana Carolina Lins Pereira

Juíza Federal Substituta da 9ª Vara da SJ/PE

SUMÁRIO: 1 - Introdução – “Direito adquirido” e “ordem pública”: a difícil conceituação dos institutos como questão prévia à solução da indagação objeto do trabalho. 2 - Evolução histórica do conceito de direito adquirido. Doutrinas estrangeira e nacional. 2.1 - A doutrina alienígena. 2.1.1 - A doutrina clássica. Gabba. 2.1.2 - Oposição à doutrina clássica. Paul Roubier. 2.2 - Direito adquirido no Brasil. 2.2.1 - A obra de Reynaldo Porchat. 2.2.2 - A obra de Limongi França. 2.3 - “Evolução” do conceito? 3 - Direito adquirido no ordenamento jurídico brasileiro. 3.1 - A consagração constitucional. 3.2 - Direito adquirido e princípio da retroatividade (ou da não-retroatividade?) das leis. 3.3 - O artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil – efeito imediato das leis. 4 - A ordem pública. 4.1 - Ordem pública nacional e internacional. 4.2 - Ordem pública como limite à autonomia contratual. 5 - Direito adquirido e leis de ordem pública. Colocação do problema. 5.1 - As correntes existentes. 5.2 - A posição do Supremo Tribunal Federal. 5.3 - Nossa proposta. 6 - Conclusão – Direito adquirido como proteção contra os arbítrios estatais. A difícil posição do Poder Judiciário – segurança X necessidade de transformação.

1 INTRODUÇÃO – “DIREITO ADQUIRIDO” E “ORDEM PÚBLICA: A DIFÍCIL CONCEITUAÇÃO DOS INSTITUTOS COMO QUESTÃO PRÉVIA À SOLUÇÃO DA INDAGAÇÃO OBJETO DO TRABALHO

O direito adquirido não constitui tema recente na literatura jurídica. Muitas teses já se elaboraram acerca da matéria que, de tão fecunda, conti-

nua a apresentar aspectos jamais examinados ou jamais examinados a contento.

Não nos propomos aqui, entretanto, a enveredar por trilhas desconhecidas, haja vista, sobretudo, as limitações espaço-temporais da presente exposição. Limitamo-nos a explorar aspecto do tema que, a despeito de já ter sido objeto de trabalhos doutrinários e decisões judiciais, não encontrou solução pacífica ou, ao menos, satisfatória.

Referimo-nos à questão do direito adquirido em face da lei de ordem pública, é dizer, à questão que indaga se o direito adquirido pode ser invocado em face de lei de ordem pública, posterior à sua aquisição.

É evidente que não possuímos qualquer pretensão de esgotar a matéria, à vista das limitações adrede mencionadas, nem de fornecer solução que possa encerrar pacificamente a celeuma. Nossa proposta cinge-se à apresentação das correntes estudadas e dos principais pontos de cada uma delas. A posição que adotaremos, obviamente, não será imposta, constituindo, tão-somente, uma sugestão, ou – melhor diríamos – um incentivo à pesquisa e aprofundamento do estudo.

A principal dificuldade encontrada – não se discute – diz respeito à conceituação dos dois institutos aqui abordados: direito adquirido e ordem pública, este último, à vista da sua fluidez, e aquele primeiro (o direito adquirido), à vista da (já mencionada) antiga controvérsia doutrinária toante à sua conformação.

Evidente, portanto, que, antes de procedermos ao embate com o principal questionamento do presente trabalho – sobre se é possível invocar direito adquirido em face de lei de ordem pública –, imprescindível se torna proceder a uma abordagem acerca dos institutos sob comentário.

Examinaremos, assim, o evoluir das teorias sobre o direito adquirido (se é que podemos falar em uma “evolução”), apreciando, inclusive, o seu relacionamento com o princípio da irretroatividade das leis. Não é demais adiantar, a propósito, que, no nosso entender, melhor que falar em um princípio da irretroatividade das leis seria falar em um princípio da retroatividade das leis.

Não deixarão de ser mencionadas, no que tange à temática do direito adquirido, as teorias de Gabba e de Paul Roubier – principais expoentes da literatura a respeito.

No que pertine ao conteúdo da ordem pública, reiteramos que, dada sua fluidez, impossível se torna a apresentação de um conceito uniforme no

espaço e no tempo. Temos, diversamente, que a variação do conteúdo da ordem pública, segundo estes dois aspectos, termina por influir na própria elaboração do conceito.

Finalmente, no que tange à indagação principal do presente trabalho, propomo-nos a examinar não apenas a doutrina, mas ainda a orientação jurisprudencial sobre o tema, máxime aquela defendida pelo eg. Supremo Tribunal Federal – STF.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE DIREITO ADQUIRIDO. DOUTRINAS ESTRANGEIRA E NACIONAL

A análise do conceito de direito adquirido não poderia ser efetuada sem uma prévia abordagem histórica do estudo do mesmo. Podemos afirmar, inclusive, que, nas décadas recentes, nada houve de realmente novo no estudo do direito adquirido; ao contrário, os estudiosos do assunto permanecem a se apoiar nas teorias já consagradas, elegendo uma ou outra como de sua preferência.

O estudo do chamado *jus quaesitum* (direito adquirido) não poderia passar ao largo do estudo da vigência das leis no tempo, com especial ênfase na questão da retroatividade das leis. Conforme adiante veremos, diversas teorias já se propugnaram para impor limites à retroatividade das leis, dentre as quais avultam a doutrina clássica de Gabba e a teoria da situação jurídica de Paul Roubier. A primeira delas (referimo-nos à doutrina clássica de Gabba) é a que elege, precisamente, o direito adquirido como limite à eficácia das leis sobre fatos a elas anteriores (retroatividade), possuindo, destarte, importância especial para os fins do presente trabalho.

2.1 A DOUTRINA ALIENÍGENA

2.1.1 A DOUTRINA CLÁSSICA. GABBA

Não deixamos de ressaltar, aqui, as dificuldades já mencionadas para o acesso à *Teoria de la Retroattività delle Legge*, ponto de partida para o estudo do direito adquirido e obra que, a despeito de todas as críticas, jamais foi superada em alcance ou profundidade.

A doutrina clássica – ou teoria subjetivista –, que teve em Gabba seu principal expoente, elege o direito adquirido como verdadeiro e único limite

à retroatividade das leis. Destarte, ao intitular sua obra como *Teoria de la Retroattività delle Legge*, aceita o italiano, como regra, a retroatividade das leis, indigitando o direito adquirido como único limite a tal retro-eficácia.

Não é demais, aqui, transcrever o conceito do mencionado autor para o direito adquirido (a tradução é de Limongi França¹):

“É adquirido todo direito que a) é consequência 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 se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo; e que b) nos termos da lei sob cujo império se entabulou o fato do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.”

Esclareça-se, por oportuno, que o fato de afirmar o autor que o direito adquirido é aquele relativamente ao qual ainda não se apresentou ocasião para se fazer valer não exclui aquelas situações em que o direito adquirido deixou de ser exercido por mera opção de seu titular. É esta, inclusive, uma das principais críticas que se invectivam contra a sua definição.

É salientada por Gabba, outrossim, a distinção entre direito adquirido e direito consumado. Defende, a propósito, que direitos adquiridos são, precisamente, os que não foram consumados ainda. O problema da retroatividade das leis surge, precisamente, do não-exercício do direito adquirido, quando entre a aquisição do direito e o seu exercício surge lei nova, instituindo nova disciplina a respeito.

2.1.2 OPOSIÇÃO À DOUTRINA CLÁSSICA. PAUL ROUBIER

Os opositores à doutrina clássica, principalmente ao trabalho de Gabba, criticam a idéia do direito adquirido como único limite à retroatividade das leis. O principal opositor à doutrina clássica é o francês Paul Roubier, autor da teoria da *Situation Juridique*.

A base da doutrina de Paul Roubier – dita objetivista, em oposição à subjetivista de Gabba – assenta na distinção entre o efeito retroativo e o efeito imediato das leis. Distingue, para tanto, os *facta praeterita*, os *facta pendentia* e os *facta futura*. A lei nova, esclarece, não pode atingir os *facta*

¹ In *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*. 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 51.

praeterita sob pena de incorrer em retroatividade. Quanto aos *facta pendentia* – acrescenta –, devem se distinguir os efeitos anteriores e posteriores à promulgação da nova lei: os anteriores regem-se pela lei antiga, e os posteriores, pela lei nova (daí falar em efeito imediato das leis). Relativamente aos *facta futura*, finaliza, dúvida não há quanto à aplicabilidade da lei nova, tendo em vista que eles – os *facta futura* – somente surgirão após o seu advento.

Quadra transcrever, aqui, a lição do autor, da forma que pelo mesmo explanada² :

“La base fondamentale de la science des conflits de lois dans le temps, c’est la distinction de l’effet rétroactif et de l’effet immédiat de la loi. (...) Si la loi prétend s’appliquer à des faits accomplis (‘facta praeterita’), elle est rétroactive; si elle prétend s’appliquer à des situations en cours (‘facta pendentia’), il faudra établir une séparation entre les parties antérieures à la date du changement de législation, qui ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et les parties postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s’appliquer, n’aura jamais qu’un effet immédiat; enfin, vis-à-vis des faits à venir (‘facta futura’), il est clair que la loi ne peut jamais être rétroactive” (grifos inexistentes no original).

Paul Roubier levanta exceção à sua teoria do efeito imediato, contudo, no que se refere aos contratos. Para o autor, os efeitos dos contratos celebrados anteriormente à nova lei, ainda que sejam tais efeitos posteriores à mesma, regem-se pela lei revogada, sob o pálio da qual foram efetuadas as escolhas das partes envolvidas.

Voltaremos ao assunto posteriormente, ao tratarmos, em particular, dos efeitos de leis novas sobre contratos em curso.

2.2 DIREITO ADQUIRIDO NO BRASIL

O Direito Brasileiro carece de obras específicas sobre o tema do direito adquirido. A obra de Limongi França (*A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*) é, dentre as pesquisadas, a única que trata com exclusividade da matéria.

² *In Droit Transitoire (Conflits des Lois dans le Temps)*. 2e. edition, Paris, Editions Dalloz et Sirey, 1960, p. 177.

A seguir, portanto, além de tratarmos brevemente da obra de Limongi França, faremos referência, ainda, ao trabalho de Reynaldo Porchat, que pensamos também possuir relevância para o estudo do direito adquirido.

2.2.1 A OBRA DE REYNALDO PORCHAT

Escrita no início do século, a obra de Reynaldo Porchat (*Da Retroactividade das Leis Civis*), já sob os influxos da repercussão da obra de Gabba, ressalta a diferença entre direitos adquiridos e direitos consumados, afirmando que aqueles seriam, precisamente, os ainda não realizados em seus efeitos.

Assim resume Reynaldo Porchat os caracteres distintivos do direito adquirido³: “1º) um fato aquisitivo, idôneo a produzir direito, de conformidade com a lei vigente; 2º) uma lei vigente no momento em que o fato se realize; 3º) capacidade legal do agente; 4º) ter o direito entrado a fazer parte do patrimônio do indivíduo, ou ter constituído o adquirente na posse de um estado civil definitivo; 5º) não ter sido exigido ainda ou consumado esse direito, isto é, não ter sido ainda realizado em todos os seus efeitos”.

O autor salientava, já àquela época (seu livro data de 1909) que seriam adquiridos os direitos ainda que pendentes de termo ou condição.

Uma das passagens que merece referência em sua obra diz respeito à supressão ou extinção dos institutos jurídicos de duração perpétua, a exemplo da abolição da escravatura, evento recente em seu tempo. Assevera o autor, a respeito, que “as leis abolitivas de institutos de duração perpétua necessitam, para a realização do seu fim, do mais amplo efeito retroativo, extinguindo mesmo os direitos adquiridos”⁴. Nada obstante, demonstra, ao fim de sua exposição, ser adepto da corrente que repugna a incidência das leis de ordem pública face aos direitos adquiridos, tema ao qual retornaremos mais à frente.

2.2.2 A OBRA DE LIMONGI FRANÇA

O grande mérito da obra de Limongi França, em nosso entender, é o excelente apanhado levado a efeito pelo mesmo acerca das diversas teorias já divulgadas a propósito do tema do direito adquirido e retroatividade das leis. Analisa o autor não apenas as teorias – tantas vezes citadas – de Gabba

³ In *Da Retroactividade das Leis Civis*. São Paulo, Duprat & Comp., 1909, p. 15.

⁴ Ob. cit., p. 48.

e Paul Roubier, mas também as teorias de menor repercussão, dentre elas a do italiano Chironi. São examinadas, ademais, tanto as obras específicas sobre a matéria do direito adquirido, como as opiniões esparsas de grandes nomes da literatura jurídica, a exemplo de Louis Josserand, Trabucchi e Savigny.

Reputamos digna de referência a passagem em que o autor – Limongi França – afasta a aparente incongruência entre o artigo 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e o artigo 118 do Código Civil Brasileiro.

O artigo 6º, § 2º, da LICC, estabelece serem adquiridos até mesmo os direitos sujeitos a condição. No Código Civil, diversamente, preceitua-se que o direito sujeito a condição somente se torna adquirido com o advento desta. Esclarece o autor que a contradição é apenas aparente, salientando haver o nosso Código, na realidade, acolhido o efeito retroativo do implemento da condição. Acrescenta ser esta a ilação a se extrair da interpretação sistemática do aludido diploma, máxime à vista do teor do artigo 122, que acolhe, ainda que de maneira indireta, tal efeito retroativo do implemento da condição suspensiva.

2.3 “EVOLUÇÃO” DO CONCEITO?

Afigura-se oportuno indagar, à vista da doutrina existente acerca do tema direito adquirido, se se poderia falar em uma evolução do conceito. As breves considerações que acima fizemos já demonstraram que as principais obras existentes datam do final do século passado e do início do século atual. A *Teoria de la Retroattività delle Legge*, de Gabba, v.g., data de 1898.

Do exposto se infere, em verdade, que não se pode falar em um progresso da doutrina do direito adquirido. Referido assunto, da mesma forma que o da (ir)retroatividade das leis, permanece apoiado nas lições clássicas de Gabba e Paul Roubier, as quais, malgrado datadas do final do século passado e do início deste século, respectivamente, permanecem atuais e continuam a ser invocadas a cada novo estudo do assunto.

3 DIREITO ADQUIRIDO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 A CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL

No atual direito positivo brasileiro, o princípio do direito adquirido detém *status* de norma constitucional, tendo assento no artigo 5º, inciso

XXXVI, da Carta Política. Diferentemente de outros países, portanto, onde a regra da irretroatividade das leis, relativamente aos direitos adquiridos, encontra-se inserta em mera lei ordinária, elevou-se-a, no direito brasileiro, à categoria de direito fundamental.

A primeira Constituição brasileira – de 1824 – não dispunha da mesma forma que a atual Carta, é dizer, não estabelecia, nestes termos, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. O que ali se estabelecia, expressamente, era a proibição de leis com efeito retroativo, vedação esta que foi repetida na Constituição de 1891.

A previsão inserta no artigo 5º, inciso XXXVI, da atual Lei Maior, repete aquela dos textos constitucionais de 1934, 1946 e 1967. A Constituição Federal de 1937 foi a única, de 1934 até a atualidade, que não incluiu a multicitada previsão em seu texto.

Podemos assim resumir a evolução constitucional e infraconstitucional das previsões toantes à irretroatividade das leis e respeito ao direito adquirido⁵ :

- 1º) a Constituição do Império (1824), em seu artigo 179, vedava, expressamente, a edição de leis com efeito retroativo;
- 2º) a primeira Constituição republicana (1891) repetiu o preceito;
- 3º) em 1916, adveio a Lei de Introdução ao Código Civil, que instituiu o efeito imediato das leis, ressalvando as situações jurídicas definitivamente constituídas e o ato jurídico perfeito;
- 4º) a Constituição de 1934, diferentemente das anteriores, não mais vedava a retroatividade da lei, apenas excluindo da incidência da lei nova o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
- 5º) a Constituição de 1937 não tratou da matéria, de modo que a mesma ficou sendo disciplinada em mera lei ordinária (a LICC, que, inclusive, foi alterada em 1942, passando a ostentar a redação atual), permitindo, assim, a edição de leis retroativas⁶ ;
- 6º) a Constituição de 1946 voltou a tratar da matéria, determinando, em seu artigo 141, § 3º, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”;

⁵ Cf. RODRIGUES, Sílvio, *in* *Direito Civil – Parte Geral* Vol. I, 24ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1994, pp. 28-31.

⁶ Ora, porque estava a previsão de respeito ao direito adquirido disciplinada em mera lei ordinária, dirigia-se, não ao legislador, que poderia dispor diversamente, mas apenas aos Magistrados.

7º) a Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional nº 1/69, manteve a redação, da mesma forma que a vigente Constituição de 1988.

3.2 DIREITO ADQUIRIDO E PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE (OU DA NÃO-RETROATIVIDADE?) DAS LEIS

“A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” É o teor do artigo 5º, inciso XXXVI, da atual Carta Política.

Afirma-se, à vista do preceito constitucional, que vigoraria, em nosso ordenamento, o princípio da irretroatividade das leis. Vale dizer, segundo a opinião predominante, a regra seria a irretroatividade, constituindo a retroatividade mera exceção.

Seria esta, contudo, a correta ilação a se extrair do preceito?

Pensamos, rogando a devida vênia aos defensores do entendimento majoritário, que o princípio vigente no direito brasileiro é, não o da irretroatividade, mas o da retroatividade das leis. Tal é a ilação que extraímos do próprio artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, susotranscrito.

Com efeito, ao dispor o texto magno que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” – não é despicendo salientar, aqui, que estes dois últimos constituem espécies do primeiro – está a Constituição admitindo, pela interpretação *a contrario sensu*, que a lei pode retroagir desde que não seja para infringir um dos três institutos consagrados no preceito.

Conforme ressaltamos no item concernente à doutrina clássica de Gabba, já afirmava o italiano que a regra seria, não a irretroatividade, mas a retroatividade das leis, constituindo o direito adquirido o único limite a tal eficácia retroativa. Reynaldo Porchat, a quem fizemos igualmente referência, defende, citando Gabba, que “desde que não haja lesão a direitos adquiridos, toda lei nova deve receber a mais ampla aplicação a tudo o que concerne ao seu objeto, quer se trate de fatos ou relações jurídicas inteiramente novas, quer de consequências de fatos e relações jurídicas anteriores”⁷.

Autores há, contudo, a exemplo de Limongi França e Paul Roubier, que são partidários de um princípio da irretroatividade das leis.

⁷ Ob. cit., p. 33.

Em nosso entender, como já pontificado, não se poderia falar, ao menos em face do ordenamento jurídico brasileiro, em um princípio da irretroatividade das leis. Pensamos, inclusive, que houve verdadeiro progresso de técnica legislativa, quando o legislador constituinte aboliu a fórmula que vedava a retroatividade das leis, para adotar a redação que apenas garante a preservação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Foi esta, também, a fórmula adotada pelo artigo 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, ao qual retornaremos.

A afirmação de que o princípio, no direito brasileiro, é o da retroatividade das leis, deve, contudo, ser recebido com certa cautela. É incompatível com o direito brasileiro, evidentemente, a incidência de lei ulterior sobre os fatos já consumados, exauridos em seus efeitos⁸. A retroatividade admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme adiante veremos, é a retroatividade mínima, é dizer, aquela que atinge apenas os efeitos (não os requisitos de validade) dos atos a ela anteriores, desde que sejam tais efeitos posteriores ao seu advento.

3.3 O ARTIGO 6º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL – EFEITO IMEDIATO DAS LEIS

Após análise do texto constitucional pertinente à matéria do direito adquirido, cumpre examinemos o ordenamento infraconstitucional sobre o assunto. Especial destaque merece, a propósito, o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual a seguir se transcreve:

“Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Observa Limongi França, a nosso ver com proficiência, que o dispositivo em questão, na realidade, terminou por realizar uma verdadeira miscelânea das doutrinas clássica (cujo maior expoente, já vimos, foi Gabba) e do efeito imediato das leis (teoria de Paul Roubier). Assevera o mencionado civilista brasileiro que o grande problema do artigo 6º da LICC “é aquele que resulta da circunstância de haver realizado a simbiose de elementos da Doutrina Clássica, a qual, conforme já demonstramos, é aquela que, entre

⁸ Exceção seja feita, obviamente, às leis penais mais benéficas (CF/88, artigo 5º, inciso XL).

nós, vem amadurecendo há mais de setecentos anos, com uma regra que, proximamente, foi, de maneira nítida e incontestável, tomada à Doutrina de Roubier, a saber, a regra do efeito imediato e geral”⁹.

A conclusão que extrai do preceito é que “O alcance (...) da regra do efeito imediato entre nós é o de que a nova lei, em princípio, atinge as partes posteriores dos ‘facta pendentia’, com a condição de não ferir o ato jurídico perfeito, o Direito Adquirido e a coisa julgada”¹⁰.

Poderíamos afirmar, assim, que se admite, no direito brasileiro, uma retroatividade mínima das leis, de acordo com aquela classificação entre retroatividade máxima, média e mínima (retroatividade máxima é a que restitui as partes ao *status quo ante*, atingindo até mesmo os fatos consumados; retroatividade média é a que permite à lei nova atingir os efeitos pendentes de atos jurídicos anteriores ao seu advento; e retroatividade mínima, finalmente, é aquela que admite à lei nova atingir os efeitos dos atos a ela anteriores, desde que se produzam após a sua entrada em vigor¹¹).

As leis novas, apesar de não poderem dispor sobre as condições de validade dos atos praticados anteriormente às mesmas, nem poderem atingir os efeitos (de tais atos) que também lhes sejam anteriores, alcançam os efeitos a elas posteriores. Ficam de fora da incidência da lei nova, todavia, os efeitos do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, ainda que sejam (tais efeitos) posteriores à nova lei. Os contratos, como exemplos desta última categoria, têm todos os seus efeitos, conforme adiante veremos, regidos pela lei do tempo da celebração do ajuste.

O artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao cuidar da eficácia das leis no tempo, mesclou – é bem verdade – elementos da doutrina subjetivista, baseada no direito adquirido, com elementos da doutrina objetivista, fundada nas situações jurídicas e no efeito imediato das leis. É de se observar, contudo, que referidas doutrinas, que cuidam dos limites à retroatividade, não são de todo incompatíveis. Consoante salientado por Limongi França, pode se falar, perfeitamente, em um efeito imediato das leis (re-

⁹ Ob. cit., p. 206.

¹⁰ Ob. cit., p. 210.

¹¹ Quem nos esclarece a distinção é o Min. Moreira Alves, in “As leis de ordem pública e de direito público em face do princípio constitucional da irretroatividade”, *Revista da Procuradoria Geral da República*. Nº 1, out./dez. 1992, pp. 13-9.

troatividade mínima), a atingir os efeitos futuros dos atos a elas anteriores, garantindo, por outro lado, a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Temos, destarte, que, a teor do artigo 6º da LICC, são regulados pela lei nova os efeitos a ela posteriores mesmo dos atos praticados anteriormente à sua vigência. Exceção é feita, tão-somente, em relação aos institutos mencionados – do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada –, cujos efeitos, ainda que posteriores ao advento da nova lei, regulam-se pela lei vigente ao tempo em que implementados.

A indagação que aqui propomos é se tal exceção valeria até mesmo em face de lei de ordem pública, questão esta à qual retornaremos no item 5 deste trabalho.

4 A ORDEM PÚBLICA

4.1 ORDEM PÚBLICA NACIONAL E INTERNACIONAL

Releva anotar, inicialmente, que a ordem pública a ser considerada para os fins da presente exposição não se confunde com aquela ordem pública de que cuida o Direito Internacional Privado. Esta última é referida no artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, onde se dispõe que “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

No que diz respeito ao plano interno – plano este que nos interessa, tendo em vista os fins aqui propostos –, temos como ordem pública o conjunto de normas e princípios que não podem ser derogados ou afastados pela vontade das partes. No plano do Direito Internacional Privado, por seu turno, ordem pública diz respeito a determinados valores vigentes no ordenamento jurídico interno que impedem – assim conferimos no artigo 17 da LICC – a eficácia, em nosso país, de determinados atos jurídicos levados a efeito no estrangeiro.

Destarte, malgrado se aproximem no conteúdo – os valores com os quais se preocupa a ordem pública nos dois planos examinados tendem a se assemelhar –, divergem nos efeitos: a ordem pública no plano do direito interno, é dizer, como conjunto de normas imperativas, torna defeso às partes dispor em contrário sentido, ao passo que a ordem pública do Direito

Internacional Privado constitui óbice à eficácia de determinados atos perante nosso ordenamento, o que não lhes retira a eficácia no país em que praticados.

Releva, portanto, tendo em vista os fins a que nos propomos, examinar o conceito de ordem pública no plano do direito interno.

4.2 OREDEM PÚBLICA COMO LIMITE À AUTONOMIA CONTRATUAL

A noção de ordem pública, conforme adrede ressaltado, oferece inúmeras dificuldades. Constitui, é cediço, uma noção de extrema fluidez, variável segundo critérios diversos, como orientação política dominante, conjuntura histórica, entre outros fatores. Nada obstante, o que se pode afirmar como certo em relação à ordem pública é que ela impõe a observância obrigatória a um conjunto de normas e princípios, inderrogáveis pela vontade das partes.

Assim, ao celebrarem um contrato, defeso é às partes contratantes afastar aquelas normas ditas imperativas (em contraposição às dispositivas), normas estas que se inserem, obrigatoriamente, no conteúdo dos contratos, tornando inválidas as disposições que lhes forem contrárias.

J. M. de Carvalho Santos, em comentários ao Código Civil Brasileiro¹², reconhece, em linhas que a seguir transcrevemos, a ordem pública como limite à liberdade contratual, ressaltando que a existência de normas de ordem pública se deve à predominância, em certas situações, do interesse público sobre o interesse particular. Afirma, com efeito, que, “Onde quer que se vislumbre, portanto, um interesse de ordem pública, desaparece a liberdade de ação das partes contratantes, que se devem cingir às determinações legais. A liberdade tem seus limites, não resta dúvida, e de acordo com os princípios sociais que dominam o direito hodierno, justificam-se todas essas restrições impostas no interesse da coletividade, ou da ordem pública, sem que, por isso, deixem de ser considerados contratos os atos jurídicos praticados sob o império dessa coação legal”.

¹² *In Código Civil Brasileiro Interpretado. Direito das Obrigações (arts. 1.079-1.121). Volume XV, 8ª edição*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1975, p. 11.

Acrescenta o autor, apoiado no escólio de Pontes de Miranda, que se objetiva, precipuamente, evitar a violência do forte contra o fraco, bem como eventuais abusos¹³.

Cunha Gonçalves¹⁴, de igual modo, salienta que as partes contratantes são livres para estipular as respectivas cláusulas do ajuste, respeitando-se, contudo, as restrições da ordem pública.

Merece referência, finalmente, o magistério de Orlando Gomes, o qual, ao examinar o conceito de ordem pública fornecido por douto civilista, resalta a insuficiência de se defini-la como os “interesses gerais do Estado e da coletividade”, máxime à conta da dificuldade de se enumerarem tais “interesses gerais”. Estar-se-ia, portanto, a definir uma expressão extremamente fluida com outra expressão de maior fluidez e imprecisão ainda.

5 DIREITO ADQUIRIDO E LEIS DE ORDEM PÚBLICA.

COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Atingimos, finalmente, a *vexata quaestio* posta na presente exposição: estariam o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada a salvo da incidência de lei de ordem pública aos mesmos posterior?

Observe-se que o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, consoante adrede ressaltado, malgrado adote a orientação de que os efeitos dos *facta pendencia* posteriores à nova lei por ela se regulam (retroatividade mínima)¹⁵, exclui da incidência da lei nova, expressamente, os efeitos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Indaga-se, no entanto, se, em se tratando de lei nova de ordem pública, valeria a regra do efeito imediato até mesmo em relação aos mencionados institutos.

No Código Argentino, há disposição expressa (artigo 5º do Título Preliminar) nos termos da qual “Nenhuma pessoa pode ter direitos irrevogavelmente adquiridos contra uma lei de ordem pública”. Inexiste uma tal previsão no direito positivo brasileiro, o que acarreta o surgimento de opiniões divergentes. Ora se defende que a lei nova, desde que de ordem públi-

¹³ Ob. cit., p. 9.

¹⁴ In *Tratado de Direito Civil em Comentários ao Código Civil Português*. Volume IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1931, pp. 143-4.

¹⁵ Os efeitos é que são posteriores à nova lei, não os *facta pendencia* que a eles deram origem.

ca, atinge até mesmo os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; ora se defende que tais institutos, porque garantidos constitucionalmente, estariam a salvo da incidência de lei ulterior, ainda que de lei de ordem pública se cuidasse.

A questão, longe de constituir mero debate acadêmico, apresenta enorme relevância prática. Basta que se observe o crescente dirigismo estatal sobre o conteúdo dos contratos, estando o Governo a editar continuamente normas de caráter imperativo, cuja incidência sobre os ajustes a elas anteriores é freqüentemente discutida nos tribunais.

A título de exemplificação, podemos citar, na história recente do Brasil, os inúmeros planos econômicos e sucessivas normas sobre critérios de reajustamento, que ocasionaram inúmeras discussões a respeito de sua incidência sobre os contratos já existentes.

De se verificar, portanto, e principalmente à vista das decisões judiciais que a seguir colacionaremos, que a solução da questão aqui proposta é, em verdade, imposição da própria realidade fática.

5.1 AS CORRENTES EXISTENTES

A favor da incidência da lei ulterior, desde que de ordem pública, mesmo nos casos de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, encontramos, *v.g.*, a opinião de Trabucchi¹⁶. Referido autor admite, expressamente, a retroatividade de tal espécie de normas, que qualifica como “leis de ordem pública com as quais são tutelados os fundamentais interesses do Estado”, atribuindo, ademais, especial destaque às “leis que abolem, pela mudança da consciência pública, um inteiro instituto jurídico”.

O nosso Orlando Gomes não ostenta distinta opinião. Segundo o mesmo, “Tal como sucede com as leis clássicas de ordem pública, as disposições normativas de espírito da ordem pública, notadamente dirigista, aplicam-se imediatamente, sem que possam ser paralisadas pela invocação de supostos direitos adquiridos. Assim, o contrato não lhe deve ser contrário ou discrepante, quer na sua formação, quer quando produz seus efeitos. As

¹⁶ *Apud* FRANÇA, Limongi, ob. cit., p. 251.

cláusulas discordantes do mandamento legal são substituídas automaticamente pelas disposições normativas”¹⁷.

No âmbito jurisprudencial, verificamos algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça favoráveis à corrente suscitada, é dizer, pela incidência imediata da lei de ordem pública (retroatividade mínima) mesmo em relação aos institutos protegidos pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88. Confirmaram-se os seguintes arestos:

“PREVIDÊNCIA PRIVADA - BENEFÍCIO - INDEXAÇÃO - LEI 6.435/77.

Inexiste direito adquirido a um determinado parâmetro de indexação dos benefícios.

A lei que vedou a utilização do salário mínimo para esse fim aplica-se imediatamente, ainda aos contratos em curso, apenas não atingindo os ‘facta praeterita’.” (Recurso Especial nº 815/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. 17.10.1989, DJ 13.11.1989, p. 17025, *in* RSTJ 5/533.)

“LEI DE ORDEM PÚBLICA. INCIDÊNCIA IMEDIATA.

Incide a lei nova (n. 6435, de 15.07.1977) a regular a atualização das contribuições e dos benefícios da previdência privada, sem violação de direito adquirido.

Orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir do precedente firmado no RE. 105137-0, rel. Min. Cordeiro Guerra, Segunda Turma, publicado no DJ de 27.09.85.” (Recurso Especial nº 29/RS, rel. Min. Cláudio Santos, julg. 15.8.1989, DJ 4.9.1989, p. 14039, *in* RSTJ 3/1032.)

Forte também é a corrente daqueles que defendem a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, diante de lei nova de ordem pública.

Uma primeira referência deve ser feita ao francês Paul Roubier, já tantas vezes aqui mencionado, o qual defende que “*dans un ordre juridique*

¹⁷ *In Questões de Direito Civil*, 5ª edição, Saraiva, 1988, p. 358. *Apud* FIGUEIREDO, Marcelo e BROLLO, Maria Alice Deucher, “Anotações a respeito dos planos econômicos – alteração da política salarial – reajuste de salários pela lei antiga – direito adquirido, mera expectativa de direito e normas de ordem pública – resenha doutrinária e jurisprudencial”, *Revista dos Tribunais*. Vol. 708, outubro de 1994, pp. 43-54.

*fondé sur la loi, la non-rétroactivité des lois est elle-même une des colonnes de l'ordre public. Il est absolument impossible de concevoir les fondements d'un ordre législatif, si on n'y introduit pas la notion de la non-rétroactivité*¹⁸.

O argumento de Paul Roubier contra a incidência da lei nova, ainda que de ordem pública, sobre o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, assenta, portanto, na assertiva de que a própria irretroatividade constituiria um dos pilares da ordem pública¹⁹, razão pela qual não poderia ser posta em oposição a esta.

Interessa observar, inclusive, ainda na obra de Paul Roubier, que o autor, insistindo na distinção entre efeito retroativo e efeito imediato das leis – este último corresponderia, como vimos, ao que chamamos de retroatividade mínima –, destaca que, embora seja o efeito imediato a regra, não se pode admiti-lo relativamente aos contratos em curso. Afirma Roubier, deveras, que, *“dans certaines matières, l'effet immédiat est exclu aussi bien que l'effet rétroactif; il en est ainsi pour les contrats en cours, qui ne sont pas en principe touchés par les lois nouvelles, ni pour les parties antérieures à la loi nouvelle, ni même pour leurs effets à venir. La règle est ici la survie de la loi ancienne”*²⁰ (grifamos). No que diz respeito aos contratos, dessarte, nem mesmo os seus efeitos posteriores à lei nova seriam por esta regidos.

Analisando o pensamento de Paul Roubier, destaca Limongi França o excerto no qual o autor francês se atém à escolha efetuada pelas partes contratantes no momento da celebração do ajuste. Assevera o autor francês (a tradução é de Limongi França) que “esta escolha tinha um sentido, o de permitir aos contratantes estabelecer suas previsões, e seria insuportável que, uma vez assim fixadas as partes, sobre um determinado tipo jurídico, a lei, desmentindo suas previsões, viesse ordenar de outro modo as suas relações contratuais”²¹. E conclui: “Um contrato constitui um bloco de cláusulas indivisíveis que se não pode apreciar senão à luz da legislação sob a qual

¹⁸ Ob. cit., p. 417.

¹⁹ Observe que o autor, diferentemente de Gabba, considera como regra, não a retroatividade, mas a irretroatividade das leis.

²⁰ Ob. cit., p. 179.

²¹ Ob. cit., p. 65.

foi entabulado. É por esta razão que, em matéria de contrato, o princípio da não-retroatividade cede lugar a um princípio mais amplo de proteção, o princípio de sobrevivência da lei antiga”.

Reynaldo Porchat, também aqui já tantas vezes mencionado, critica, igualmente, a doutrina segundo a qual as leis de ordem pública atingiriam até mesmo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada²². Salienta, inicialmente, a dificuldade de se discriminar aquilo que seria de ordem pública daquilo que seria de ordem privada. Em seguida, assevera, apoiado no escólio de Gabba, que “a simples invocação de um motivo de ordem pública não basta para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade (...) é também um forte motivo de interesse público”.

Caio Mário da Silva Pereira, em passagem de citação obrigatória àquelas que tratam da indagação aqui proposta, dirige críticas veementes à doutrina que propõe a incidência da lei de ordem pública mesmo sobre o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Afirma o autor, *in verbis*, que “Costuma-se dizer que as leis de ordem pública são retroativas. Há uma distorção de princípio nesta afirmativa. Quando a regra da não-retroatividade é de mera política legislativa, sem fundamento constitucional, o legislador, que tem o poder de votar leis retroativas, não encontra limites ultralegais à sua ação, e, portanto, tem a liberdade de estatuir o efeito retrooperante para a norma de ordem pública, sob o fundamento de que esta se sobrepõe ao interesse individual. Mas, quando o princípio da não-retroatividade é dirigido ao próprio legislador, marcando os confins da atividade legislativa, é atentatória da Constituição a lei que venha ferir direitos adquiridos, ainda que sob inspiração da ordem pública. A tese contrária encontra-se defendida por escritores franceses ou italianos, precisamente porque, naqueles sistemas jurídicos, o princípio da irretroatividade é dirigido ao juiz e não ao legislador”²³.

5.2 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme pudemos verificar em pesquisa jurisprudencial entre os acórdãos do Supremo Tribunal Federal – STF –, não há uniformidade, em seus

²² Ob. cit., pp. 66-7.

²³ *In Instituições de Direito Civil*. Vol. I, 9ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1986, pp. 117-8.

arestos, quanto à questão da incidência da lei nova de ordem pública sobre atos caracterizados como direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Constatamos, entretanto, que, malgrado se haja, durante longo tempo, ostentado o posicionamento pela incidência da lei nova de ordem pública, são os julgados mais recentes pela sua não-incidência, havendo, inclusive, um julgamento do Plenário neste sentido, em relevante acórdão²⁴ no qual foi relator o Min. Moreira Alves.

Em julgados mais antigos, portanto, verificamos haver o STF prestigiado o caráter de ordem pública da lei nova, em detrimento dos direitos adquiridos porventura já existentes. Em julgamento datado de 13.12.1954, *verbi gratia*, decidiu o Excelso Pretório por afastar a alegação de ofensa ao direito adquirido, mercê de se cuidar de lei de ordem pública, “que ruiria quase inteira se contra ela pudéssemos invocar direitos adquiridos” (Recurso Extraordinário nº 27.377, rel. Min. Luís Gallotti, Primeira Turma, DJ de 30.8.1956, p. 01148). No Recurso em Mandado de Segurança nº 3061, no qual também atuou como relator o Min. Luís Gallotti (desta vez perante o órgão Plenário), decidiu-se, igualmente, pela aplicação imediata da lei nova, não havendo que se falar em direito adquirido (julg. 3.8.1955, DJ 24.12.1956).

Nos julgados mais recentes, todavia, conforme adrede ressaltado, vem decidindo o Supremo pela prevalência do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, inadmitindo a incidência de lei nova, ainda que de ordem pública, para regular seus efeitos. Em memorável acórdão do qual foi relator o em. Min. Moreira Alves, levado a julgamento perante o Tribunal Pleno, decidiu o STF, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, que o cânone inserto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, aplicar-se-ia a qualquer espécie de leis, sejam as de ordem pública, sejam as meramente dispositivas (ADIN nº 493/DF, julg. 25.6.1992, DJ 4.9.1992, p. 14089)²⁵.

Salientou o em. Min. Moreira Alves, ao proferir o seu voto, a distinção entre retroatividade máxima, média e mínima, para ao final concluir que, no que concerne aos efeitos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, não poderiam os mesmos, ainda que posteriores à

²⁴ Ao qual adiante faremos mais detalhada referência.

²⁵ In RTJ 143/724.

lei nova de ordem pública, ser por esta atingidos. Ressaltou, outrossim, que o princípio do direito adquirido, no ordenamento brasileiro, diferentemente de outros países, possui assento constitucional, e que não se excepcionam da sua observância quaisquer leis, nem mesmo as de ordem pública.

Tal entendimento foi mantido quando da apreciação do Recurso Especial nº 159.979/SP (rel. Min. Paulo Brossard, julg. 18.10.1994, DJ 19.12.1994, p. 35185), em cujo julgamento se averbou que “O contrato concluído se constitui em ato jurídico perfeito e goza da garantia de não estar atreito à lei nova, tanto quanto a coisa julgada e o direito adquirido, eis que a eficácia da lei no tempo vem sendo assim regulada há mais de meio século. A garantia prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição submete qualquer lei infraconstitucional, de direito público ou privado”.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal viu-se, mais uma vez, face ao problema da lei de ordem pública diante dos direitos adquiridos. O acórdão do processo (Agravado de Instrumento nº 244.578/RS), no qual foi relator o Min. Celso de Mello, possui ementa vazada nos seguintes termos, tal como noticiada no Informativo STF nº 154:

“EMENTA: Contrato. Depósitos em caderneta de poupança. Ato jurídico perfeito. Princípio constitucional da intangibilidade das situações definitivamente consolidadas (CF, art. 5º, XXXVI). Impossibilidade da incidência de lei nova destinada a reger os efeitos futuros de contratos anteriormente celebrados. Adoção da teoria de Paul Roubier (para quem a lei nova rege os efeitos jurídicos a ela posteriores dos atos jurídicos a ela anteriores, exceto na hipótese dos contratos.) Hipótese de retroatividade mínima vedada pela Constituição da República. Precedentes do STF. Agravo improvido.

- No sistema constitucional brasileiro, a eficácia retroativa das leis - (a) que é sempre excepcional, (b) que jamais se presume e (c) que deve necessariamente emanar de disposição legal expressa - não pode gerar lesão ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada.

- A lei nova não pode reger os efeitos futuros gerados por contratos a ela anteriormente celebrados, sob pena de afetar a própria causa - ato ou fato ocorrido no passado - que lhes deu origem. Essa projeção retroativa da lei nova, mesmo tratando-se de retroatividade mínima,

incide na vedação constitucional que protege a incolumidade do ato jurídico perfeito.

- A cláusula de salvaguarda do ato jurídico perfeito, inscrita no art. 5º, XXXVI, da Constituição, aplica-se a qualquer lei editada pelo Poder Público, ainda que se trate de lei de ordem pública. Precedentes do STF.

- A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro, notadamente os princípios - como aquele que tutela a intangibilidade do ato jurídico perfeito - que se revestem de um claro sentido de fundamentalidade.

- Motivos de ordem pública ou razões de Estado - que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ‘ex parte principis’, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade - não podem ser invocados para viabilizar o descumprimento da própria Constituição, que, em tema de atuação do Poder Público, impõe-lhe limites inultrapassáveis, como aquele que impede a edição de atos legislativos vulneradores da intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada. Doutrina e jurisprudência.”

5.3 NOSSA PROPOSTA

Do que até aqui se expôs se constata haver, na situação, um conflito de princípios. Conforme observação oportuna de Caio Mário da Silva Pereira²⁶, encontra-se, de um lado, o princípio da segurança jurídica e da estabilidade social; de outro, o princípio segundo o qual a lei nova traz consigo a presunção de que é melhor e mais perfeita do que a atingida, e de que atende ao reclamo indisfarçável do progresso jurídico.

De acordo com a lição dos doutos, é possível, em uma ordem jurídica, surgirem situações em que dois ou mais princípios, acolhidos pelo ordenamento, se mostrem conflitantes.

²⁶ Ob. cit., pp. 97-8.

Na questão aqui proposta, temos, portanto, uma colisão entre dois princípios: o do direito adquirido e o do progresso jurídico (compatibilidade do Direito com as inovações sociais).

Em casos que tais, é dizer, nas situações de incompatibilidade entre dois princípios, resolve-se, não pela exclusão de um deles (tal como ocorre com a revogação das normas jurídicas), mas pela prevalência de um ou outro, a depender dos interesses em causa. Com efeito, enquanto que, relativamente às normas de direito positivo, inadmite-se a coexistência de disposições conflitantes, resolvendo-se pela revogação de uma delas, relativamente aos princípios, admite-se a possibilidade de conflito entre os mesmos, resolvendo-se a celeuma pela verificação de qual deles, na hipótese, possui o maior peso.

Oportuna, a esse respeito, a lição de J. J. Gomes Canotilho²⁷, *ad litteram*:

“O facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir fenómenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um compromisso entre vários atores sociais, transportadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagónicos ou contraditórios. (...)”

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifícios de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma ‘lógica do tudo ou nada’, antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu ‘peso’ e as circunstâncias do caso.”

De se indagar, portanto, diante de colisão entre o princípio do direito adquirido e do princípio segundo o qual a lei posterior é mais perfeita – ou mais adequada à conjuntura social – que a sua antecedente, qual dentre os

²⁷In *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1991, pp. 195-6.

dois haveria de prevalecer.

Pensamos, a partir da pesquisa levada a efeito, que estão com a razão aqueles que atribuem predominância ao princípio do direito adquirido. Constitui este, em nosso entender, corolário do princípio – este mais geral – da segurança jurídica, o qual, também de acordo com a nossa concepção, é de maior peso que o princípio segundo o qual a lei nova, ainda que de ordem pública, é mais adequada que a lei a ela precedente.

É de se afastar, a propósito, a alegação de que a edição de lei nova, porque fundada no interesse público, deveria prevalecer sobre a alegação de direito adquirido, fundada no interesse particular. Também há um interesse público na segurança das relações, de modo que a proteção ao direito adquirido, longe de visar apenas ao interesse individual, tem por escopo garantir o interesse geral na preservação das situações constituídas.

Concordamos, outrossim, com Paul Roubier, quando afirma que, ao celebrarem as partes um contrato, têm as mesmas em vista as disposições legais em vigor relativamente ao assunto objeto do ajuste, disposições estas que se acrescem às cláusulas contratuais, formando um “bloco” normativo. Destarte, a imposição, aos contratos assim celebrados, de normas legais a ele posteriores implicaria indevida intromissão nos termos pactuados.

Razão assiste aos eminentes Ministros do STF, outrossim, quando afirmam que o cânone inserto no artigo 5º, inciso XXXVI, da atual Carta Política, no qual se protege, contra a incidência da lei nova, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, não excetuará as leis de ordem pública, constituindo mandamento expresso e geral.

De fato, reza o dispositivo que a “lei” não prejudicará tais institutos, não fazendo qualquer restrição quanto ao conteúdo ou à natureza de tal “lei”. É regra de hermenêutica, assim sabemos, que ao intérprete não é dado estabelecer restrições onde o legislador assim não o fez. Mencionada regra, com maior razão, deve ser levada em conta na interpretação do inciso XXXVI do artigo 5º, tendo em vista que, além de constituir cânone constitucional, expressa um verdadeiro princípio.

Há diversos outros óbices ao acolhimento da tese segundo a qual a lei de ordem pública teria incidência imediata (retroatividade mínima) mesmo em face do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Um dos principais aspectos contrários a esta tese diz respeito, precisamente, à dificuldade da demarcação das leis de ordem pública. A quem caberia assim identificá-las: ao legislador ou ao magistrado?

Observe-se que, caso caiba ao legislador tal eleição, quedaria o mesmo sem freios em sua atividade. A segurança jurídica restaria, à conta da ausência de limites ao poder legislativo, efetivamente comprometida. Qualquer lei poderia ser qualificada como de ordem pública.

Por outro lado, caso caiba aos magistrados tal identificação, também quedarão as partes contratantes em estado de incerteza, na medida em que serão obrigadas, a cada alteração legislativa, a recorrer ao Judiciário para resolver sua pendência acerca da interferência ou não da nova lei sobre as estipulações contratuais.

Força é, destarte, até mesmo por uma questão de lógica, reconhecer que a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada vale até mesmo em face de lei de ordem pública.

6 CONCLUSÃO – DIREITO ADQUIRIDO COMO PROTEÇÃO CONTRA OS ARBITRÍOS ESTATAIS. A DIFÍCIL POSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. SEGURANÇA X NECESSIDADE DE TRANSFORMAÇÃO

Conforme já ressaltado em linhas anteriores desta exposição, é crescente o dirigismo estatal sobre os contratos, seja sobre a liberdade de celebrá-los, seja sobre o próprio conteúdo do ajuste ou sobre a escolha da outra parte contratante.

Não se nega, evidentemente, o intuito muitas vezes protecionista do Estado, que busca, através de leis de caráter imperativo, coibir o abuso de poder (seja econômico, técnico ou financeiro) que seria exercido, à ausência de tais normas, sobre a parte hipossuficiente da relação contratual. Nada obstante, verifica-se, não raro, que a intervenção estatal no domínio econômico atravessa a barreira das garantias constitucionais para atingir atos cujos efeitos pela lei antiga haveriam de ser regulados.

Releva salientar, outrossim, que as constantes alterações legislativas (ainda mais constantes em virtude da utilização abusiva do veículo das medidas provisórias) terminam por instalar um estado de incerteza, a impossibilitar contratações de trato prolongado. Tal incerteza, contudo, ainda mais patente restaria caso admitíssemos a incidência imediata das leis novas de “ordem pública” mesmo nos casos de direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito.

As emendas constitucionais, não é demais ressaltar, constituem um dos principais meios através dos quais o Governo procura se esquivar da

proteção assegurada por tais institutos. O Poder Judiciário, não obstante, tem eficientemente censurado tais iniciativas, procurando interpretar as emendas à Constituição de acordo com os direitos fundamentais pela mesma consagrados.

Há de se reconhecer que o Magistrado, diante do advento de lei de ordem pública, e da decisão sobre sua aplicabilidade sobre o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, vê-se em situações constrangedoras, em que o apelo social ou econômico que ensejou a modificação legislativa impacta com a necessidade de observância aos aduzidos institutos. Não se pode olvidar, entretanto, que tais institutos constituem uma das bases sobre as quais assenta nosso ordenamento – trata-se de cláusulas pétreas –, e que resultam, não dos anseios da sociedade diante de determinada conjuntura específica, mas dos anseios das sociedades de todas as épocas.

7 BIBLIOGRAFIA

- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. “Comentário de jurisprudência em matéria de irretroatividade das leis e direito adquirido”, *Revista dos Tribunais*. Nº 709, novembro de 1994, pp. 255-7.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1991.
- CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado. Direito das Obrigações (arts. 1.079-1.121)*. Volume XV, 8ª edição, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1975.
- FIGUEIREDO, Marcelo e BROLLO, Maria Alice Deucher. “Anotações a respeito dos planos econômicos – alteração da política salarial – reajuste de salários pela lei antiga – direito adquirido, mera expectativa de direito e normas de ordem pública – resenha doutrinária e jurisprudencial”, *Revista dos Tribunais*. Nº 708, outubro de 1994, pp. 43-54.
- FRANÇA, Limongi. *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*. 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 1998.
- GONÇALVES, Cunha. *Tratado de Direito Civil em Comentários ao Código Civil Português*. Volume IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1931.

- MACHADO, Hugo de Brito. “Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais”, *Revista dos Tribunais*. Nº 714, abril de 1995, pp. 19-25.
- MESSINA, Roberto Eiras. “A irretroatividade das leis e o direito adquirido”, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. Vol. 15, nº 55, jan./mar. 1991, pp. 183-91.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. “As leis de ordem pública e de direito público em face do princípio constitucional da irretroatividade”, *Revista da Procuradoria Geral da República*. Nº 1, out./dez. 1992, pp. 13-9.
- MUKAI, Toshio. “Da segurança jurídica: direito adquirido nas relações contratuais”, *Boletim de Direito Administrativo*. Vol. 11, nº 2, fevereiro de 1995, pp. 67-72.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I, 9ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1986.
- PORCHAT, Reynaldo. *Da Retroactividade das Leis Civis*. São Paulo, Duprat & Comp., 1909.
- PORTO, Mário Moacyr. “O princípio da não-retroatividade da lei”, *Revista dos Tribunais*. Nº 684, outubro de 1992, pp. 547-51.
- Revista Trimestral de Jurisprudência* 143/724 e 106/314.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Parte Geral*. Vol. I, 24ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1994.
- ROUBIER, Paul. *Droit Transitoire (Conflits des Lois dans le Temps)*. 2e. edition, Paris, Editions Dalloz et Sirey, 1960.
- TAVARES PAES. “Direito adquirido e a ordem pública”, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. Vol. 15, nº 55, jan./mar. 1991, pp. 69-74.