

O PROBLEMA DA APLICAÇÃO DA JURISPRUDENCIA NO TEMPO

(Subsídios para o seu estudo)

PELO DR. ERNESTO DE CASTRO LEAL

I

O PROBLEMA

1. — As leis, são conjuntos de normas destinadas a regular a vida social.

Como esta, porém, é essencialmente evolutiva, sucede que as normas que a disciplinam, não podem manter-se inalteráveis.

E assim é que as leis se sucedem por imperativo da própria função.

Mas o interêsse superior da estabilidade das relações entre os homens, exige que o aparecimento de uma lei não afecte a existência de situações criadas no domínio da lei antiga, nem impeça o desenvolvimento das mesmas no império da lei revogatória.

Tal exigência corresponde a uma necessidade fundamental da ordem jurídica e nesta necessidade encontra a sua razão de ser o princípio da não-retroactividade da lei, que vem já do direito romano.

Consigna o art. 8.º do Código Civil que «a lei civil não tem efeito retroactivo» abrindo excepção para a lei interpretativa, a qual é aplicada retroactivamente desde que não ofenda «direitos adquiridos».

Atentos os fundamentos em que assenta o princípio da não-retroactividade das leis, parece que não pode confinar-se ao quadro da actividade pròpriamente legislativa, pois a sua ampliação a outros domínios se faz sentir como necessidade do mesmo modo premente.

Se imaginamos uma norma legal que, por fôrça de interpretação evolutiva se apresenta modificada no seu conteúdo, somos naturalmente levados a observar as reacções desta modificação em relação a situações criadas anteriormente, de acôrdo com a sua representação anterior.

E devemos notar que tal susceptibilidade não é pura abstracção, mas, pelo contrário, realidade verificada que reconhecem mesmo os que, em princípio, vêem na lei a intenção, fixa, do seu autor.

Pode até resultar da própria natureza da disposição legal, como sucede com as normas de conteúdo instável.

A adaptação das normas às novas necessidades não se realiza apenas por via pròpriamente legislativa, mas também por via de interpretação evolutiva. É que, em princípio, não podemos considerá-las como conjunto de preceitos de conteúdo fixo, visto que a organização que se destinam a disciplinar e de que são elemento, se apresenta essencialmente variável.

Assim se operam variações no seu conteúdo, mantendo-se, embora, a mesma a sua expressão formal.

Temos como certo que quem procede de acôrdo com o entendimento corrente em determinado momento, procede também de acôrdo com a lei vigente, visto que as relações da vida social, nesse momento se desenvolvem em tal sentido.

E se tal é o entendimento do grande número, parece seguro que êsse é o correspondente às necessidades em vista das quais a lei precisamente existe, de onde a conclusão que tal é o seu significado temporal verdadeiro.

Geny (1), reconhece à interpretação usual, quando resultante de um costume nítidamente caracterizado, a fôrça de interpretação autêntica.

Mediante um tal mecanismo, podemos distinguir duas ou mais

(1) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, vol. I, pág. 391.

representações do mesmo texto, ambas por igual verdadeiras no seu tempo.

A afirmação de que a representação social e prática do sentido da lei em certo momento, é o seu verdadeiro sentido, parece que só poderia encontrar obstáculo de considerar na demonstração de que certo significado temporal estava fora da mente do legislador, e, portanto, excluída do conteúdo dogmático da lei.

Mas, se nos colocamos no ponto de vista da *mens legis*, parece que a conclusão decorre do próprio enunciado.

A noção do significado temporal da lei já serviu para sustentar, entre nós, que em tese, as próprias leis interpretativas não deviam ter, na sua aplicação no tempo, tratamento diferente das inovadoras (1).

Se imaginarmos, agora, um texto acêrca do qual surgiram interpretações sucessivas, uma das quais veio a tomar a feição de *verdade legal*, por efeito de decisão do Pleno com fôrça de Assento, o problema volta a aparecer e, com certeza, num estado mais agudo, precisamente porque a decisão emitida tem fôrça obrigatória.

Pode mesmo suceder que a doutrina fixada não seja no sentido do entendimento geralmente aceite como verdadeiro ao tempo em que é emitido (2).

Mas podemos ir ainda mais longe, e imaginar um caso de modificação na doutrina *assente* por efeito de nova decisão do Pleno, como está previsto no art. 769.º do Código de Processo Civil.

E, então, o problema assume aspecto ainda mais grave, visto que os indivíduos se movimentam dentro de um entendimento obrigatório.

Quanto a êste, não há dúvida de que quem se comportou de acôrdo com tal entendimento, procedeu segundo a lei vigente.

Se esta varia por nova decisão da mesma espécie, encontramos outra vez dois significados temporais do mesmo texto.

E podemos até supor uma situação criada segundo certo enten-

(1) DR. PAIVA PITA. Questões transitórias do direito civil português, pág. 20.

(2) Em relação a situações que se apresentam confusas, o problema não se põe, como é compreensível.

dimento, prevalente ou não ao tempo, condenado posteriormente por decisão com força obrigatória, mas restabelecido por decisão da mesma força ao tempo em que produz os seus efeitos.

Pode perguntar-se se o entendimento intermédio atingiu a validade da relação criada à sombra de interpretação diferente e válida ao tempo da produção dos seus efeitos — enunciado que, ao menos à primeira vista, lembra a invocação da máxima «*media tempora non nocent*» válida em presença de semelhante conflito em matéria legislativa.

Entretanto, à sombra do entendimento geralmente aceite ou até obrigatório, vivem situações arrumadas pelo consenso dos interessados que, segundo as ideias do tempo, procederam no convencimento de agir segundo a lei, todavia, não arrumadas por decisão judicial definitiva, transacção (que entre as partes tem o valor de caso julgado) ou decisão arbitral.

Se podemos ressuscitá-las para receberem nova solução de acôrdo com interpretação que variou, temos como consequência a instabilidade das relações sociais, contrária a toda a ideia de segurança da ordem jurídica, fundamento do princípio da não-retroactividade das leis.

Vale a pena examinar o problema.

2. — O problema do conflito de jurisprudências, não é geralmente considerado e já se observou entre nós que não chega a surgir, visto que a autoridade da jurisprudência não excede o caso particular que foi julgado (1).

A observação ainda poderia ter a sua viabilidade aparente, se entre nós não tivesse aparecido com o Decreto n.º 12.353 a jurisprudência obrigatória fixada pelo Pleno, na hipótese de soluções divergentes do Supremo sôbre o mesmo ponto de direito.

Desde a sua data, o problema estava naturalmente posto, pois tínhamos decretado o precedente judiciário de carácter obrigatório, com todas as consequências no domínio da sua aplicação no tempo.

Mas, antes o problema já existia, embora, que saibamos, des-

(1) SR. DR. PIRES DA CRUZ, Da aplicação das leis no tempo, Lisboa, 1940. pág. 20 e seq.

presado ou esquecido, pelo que diz respeito à doutrina nacional. E existia, porque bastava a realidade de entendimentos sucessivos da jurisprudência sobre determinado ponto de direito, para que elle fôsse uma realidade.

Então, poderia objectar-se que não é de conceber a ideia de aplicação no tempo de certa regra sem a fixação de uma data, a partir da qual a sua actuação em relação a situações anteriores seria, na verdade de determinar, dado o próprio processo da sua fixação através de casos sucessivamente julgados de maneira uniforme (1).

A observação, porém, só seria válida, se fôsse acompanhada da demonstração de que o problema não encontra a solução própria fora do quadro da aplicação das leis no tempo, mas adiante veremos que elle se coloca diferentemente.

Nos países anglo-saxões, onde o precedente judiciário constitui regra de direito obrigatória, a questão tem sido insistentemente posta, a ponto de Roubier (2) considerar, na América do Norte, aberto o caminho à criação de uma teoria de aplicação no tempo de jurisprudências novas.

Entre nós, o insigne prof. Sr. Dr. Alberto dos Reis abordou o problema a propósito da doutrina dos Assentos, para concluir que o tratamento das suas proposições sob tal aspecto, deve ser o da sujeição ao regime fixado pelo art. 8.º do Código Civil para a lei interpretativa (3), do que discordamos inteiramente.

Ainda que de passagem, digamos desde já que os Assentos nem sempre fazem mera interpretação, de modo que à função do tribunal, ao emitir uma proposição de carácter obrigatório, cabe mais justamente a designação de função *fixadora* de jurisprudência, do que a de função interpretativa (4).

(1) ROUBIER, *Les conflits des lois dans le temps*, 1.º vol., pág. 27, para o direito francês.

(2) *Op. cit.* 1.º, pág. 27.

(3) *Breve Estudo*, 2.ª ed., pág. 681 e *segs.*

(4) O Prof. SR. DR. BARBOSA DE MAGALHÃES, in *Estudos sobre o novo Cod. do Proc. Civ.*, pág. 234, considera os Assentos como leis no sentido material. O Prof. SR. DR. MANUEL DE ANDRADE fala na «autoridade quasi legislativa de que são revestidos os Assentos» (*Rev. de Leg. e de Jur.* 68.º, 258). O Prof. SR. DR. MANUEL RODRIGUES considera o Assento «uma lei interpretativa, embora de carácter especial» (*Rev. da Ord. dos Advg.* ano 1.º, vol. 1.º, pág. 119).

De certo que o Assento com data determinada e publicação obrigatória, elimina, na espécie, o argumento da impossibilidade de construir a ideia da não-retroactividade, sem a existência de uma data fixa.

Em tese, observa-se que a jurisprudência é, necessariamente retroactiva, visto que julgado incide sempre sobre uma espécie concreta anterior, e não há razão para estabelecer diferença de tratamento entre esta e as posteriores (1).

Tal objecção perde, entretanto, todo o valor se referirmos o problema da aplicação no tempo de jurisprudências novas a diversos entendimentos, ou correntes temporais sucessivas.

Geny (2), criticando o princípio actualista do método histórico-evolutivo, opõe-lhe como obstáculo, a dificuldade da não-retroactividade referida à interpretação.

Parece-lhe que a interpretação evolutiva ofende o princípio da não-retroactividade da lei, pois, tendo ela, em seu juízo, como única solução aceitável de referir-se ao momento em que a lei se aplica «levaria com freqüência a desconhecer os direitos adquiridos pelas partes, designadamente tôdas as vezes que se tratasse daquelas leis, em larga medida as mais numerosas na esfera privada que, alheias a tôda a consideração de um interêsse social superior ao individuo, só consagram em definitivo presunções e complementos de vontade, em proveito dos interesses» (3).

A dificuldade levanta-se, efectivamente. Mas o problema já teve entre nós solução legislativa, no que diz respeito à jurisprudência obrigatória, de modo que não pode negar-se-lhe existência.

O Decreto 17.783 determinou que «a doutrina dêstes acórdãos é aplicável somente aos casos em que não haja ofensa de direitos já efectivados em harmonia com a jurisprudência no momento da sua efectivação» (aditamento ao § 3.º do art. 66.º, do Decreto 12.353).

Este preceito, foi criticado como infeliz e de alcance nebuloso (4).

Posteriormente, o Decreto 18.109 deu-lhe a seguinte nova re-

(1) ROUBIER, op. cit., vol. 1.º, pág. 31.

(2) Op. cit., vol. 1.º, pág. 271.

(3) Tradução do SR. DR. MANUEL DE ANDRADE, Interpretação e aplicação das leis, Prefácio pág. XCI.

(4) Revista dos Tribunais, 48.º, 2.

dacção: «a doutrina destes acórdãos não tem efeito retroactivo, sendo aplicável somente aos casos em que não haja ofensa de direitos já efectivados».

Esta nova redacção, é reputada ainda como ininteligível (1) e o Decreto 21.287, deixa ficar ao preceito apenas a primeira parte: a doutrina destes acórdãos não tem efeito retroactivo.

O Código de Processo Civil, que revogou o Decreto 21.287, não contém qualquer referência à não-retroactividade dos Assentos.

As disposições citadas faziam referência, tão somente, ao caso das proposições obrigatórias, mas a doutrina nêles contida era extensiva ao caso de decisões não obrigatórias constituindo corrente, visto que, no fundo, o problema é o mesmo.

Mais adiante procuraremos estudar o alcance e valor das disposições supra transcritas. Notaremos, entretanto, desde já, que no estado actual da legislação, não existe preceito algum expresso que dê solução ao conflito de jurisprudências sucessivas.

O silêncio do Código de Processo Civil significa que a solução ficou entregue à elaboração doutrinal.

Talvez que o pensamento do illustre autor do projecto fôsse remeter com o silêncio para o disposto na 2.^a parte do art. 8.^o do Código Civil, dado que, em seu juízo, «a função do Assento é, precisamente, a da lei interpretativa» (2).

Mas a intenção do autor da lei não é o que importa.

Devemos dizer já aqui que consideramos, de todo, inaplicável o preceito da 2.^a parte do art. 8.^o citado ao nosso problema.

Este preceito existe no Código Civil tendo em vista *leis* embora interpretativas, mas, em todo o caso, *leis*.

Não duvidamos de que entre a interpretação autêntica e a judiciária existe manifesta identidade de função, e esta identidade atinge o seu ponto culminante no confronto entre a lei interpretativa e o Assento.

O tribunal investido do poder de emitir proposições de carácter obrigatório, aparece-nos como emanação do poder legislativo em função, por via de regra, interpretativa, ainda que limitada.

(1) Gazeta Judiciária, ano 2.^o, pág. 15, nota.

(2) Breve Estudo, cit., pág. 683.

O legislador, emitindo uma norma interpretativa, aparece-nos por sua vez, investido numa função próxima da judiciária, tanto que há quem considere a lei interpretativa como de carácter jurisdicional.

Pode, na verdade, observar-se que entre a actividade do interprete e a do legislador não existe, no fundo, uma diferenciação qualificativa (1).

E é de tal identidade que parte o prof. Sr. Dr. Alberto dos Reis para colocar no mesmo pé o Assento e a lei interpretativa na solução do problema que versamos.

A conclusão não nos parece, porém, verdadeira. Já o grande Geny, ao atribuir a fôrça de interpretação autêntica à interpretação usual resultante de um costume nitidamente caracterizado, disse, ainda que com alguma hesitação, que tal identidade não deve ir até ao ponto de atribuir à interpretação usual *efeito retroactivo*, pois entende que tal efeito não se concebe bem fora do domínio da interpretação por via legislativa: «Sauf, peut-être, l'effet rétroactif, qui ne se conçoit bien que pour l'interprétation *légale*» (2).

3. — A interpretação por via legislativa, chama-se interpretação autêntica e a esta se dirige a 2.ª parte do art. 8.º do Código Civil.

As leis destinadas a interpretar outras leis de sentido confuso ou impreciso denominam-se, pela função, interpretativas.

Se a própria lei declara que é interpretativa, não oferece dúvida que é de efeito retroactivo, embora possa não ser interpretativa por natureza.

Se a declaração não coincide com a sua natureza, é preferível chamar-lhe retroactiva e a declaração deve entender-se como esta-tuição expressa do seu efeito retroactivo.

Mas pode suceder e sucede que, na falta de declaração, seja necessário precisar se determinada disposição tem, ou não, natureza interpretativa.

Por lei interpretativa por natureza, entendemos aquela que fixa

(1) WILHELM SAUER, *Filosofia Jurídica e Social*, trad. esp., pág. 237.

(2) *Mthode*, cit., vol. 1.º, pág. 391, nota (3).

o sentido de certa disposição de conteúdo incerto em determinado momento.

Se existe uma nítida corrente de predomínio em determinado sentido, a lei que toma posição por uma das correntes será interpretativa, se a consagra, mas inovadora se perfilha a adversa (1).

Na hipótese de um Assento ser revogado, como a doutrina por êle emitida era, por definição a dominante, porque era até a única admissível, a lei que o revoga é inovadora, ainda que consagre a tese que o Assento revogado vencera.

Daqui, já se vê que não aceitamos o critério que define a lei interpretativa pela existência destes dois elementos: a) regra controvertida; b) solução que pudesse ter sido adoptada pela jurisprudência.

É que não consideramos interpretativa a lei que venha fixar a certo texto um sentido já abandonado pelo entendimento geral; a que consagra a solução que a jurisprudência pudesse adoptar, mas se baseia num critério actualista.

Nestas hipóteses, temos leis inovadoras, que só terão efeito retroactivo, se expressamente lhes fôr atribuído.

Mesmo que a solução que pudesse ter sido atribuída pela jurisprudência o seja *nos termos da controversia*, ainda mesmo assim não temos critério firme, visto que, por um lado, se pode tratar de disputa em que um dos pontos de vista seja precisamente uma tese evolutiva, e, por outro, a solução pode ser diferente dos pontos de vista em conflito e, no entanto, ser solução de interpretação (2).

Compreende-se que só quando a norma é de sentido impreciso e em determinado momento se estabeleceram várias interpretações sem que qualquer delas chegue a tomar a feição de corrente e uma lei aparece a interpretá-las, ou, quando haja nítido predomínio de alguma, esta é consagrada pela solução legislativa, teremos leis interpretativas, porque só então a retroacção não poderá ofender legítimas expectativas.

Se a lei procura afeioar ou adaptar determinado preceito existente a necessidades novas, ou novas concepções, estamos em pre-

(1) Confr. Rev. de Leg. e de Jur. 64.º, 3.

(2) Conf. Rev. de Leg. e de Jur. 73.º, pág. 347.

sença de uma lei inovadora, portanto, sem eficácia retroactiva, pois que a retroactividade só pode ter por fundamento a ideia de que se está a esclarecer ou precisar o sentido da lei existente.

Tal lei regula, afinal, para o futuro.

O mesmo diremos da lei destinada a integrar lacunas, embora a integração caiba no conceito de interpretação *lato senso* (1).

4. — Às leis interpretativas por natureza applica-se a regra da 2.ª parte do art. 8.º do Código Civil.

Mas veremos agora, que temos a noção de lei interpretativa, que a função judiciária excede, por vezes, a esfera de applicação dêste preceito.

A decisão judiciária pode deixar de ser interpretativa.

E não o será, para o efeito que nos ocupa, sempre que consagrar uma tese evolutiva, ou sempre que modificar o sentido da corrente obrigatória ou dominante ao tempo em que é proferida.

Ou — e talvez seja mais correcto — ainda que interpretativa, o que não pode é ter eficácia retroactiva, pois que uma lei com igual objectivo o não tem, como vimos no número anterior.

Mas, podemos ir mais longe.

Sabemos que ao executor da lei, ou seu mero interprete, podem deparar-se e, na verdade, se deparam, casos omissos.

O problema soluciona-se em presença do disposto no art. 16.º do Código Civil, onde se consigna que se «as questões sôbre direitos e obrigações não poderem ser resolvidas nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos, prevenidos em outras leis, serão decididas pelos princípios de direito natural, conforme as circunstâncias do caso».

Digamos desde já que pela expressão «direito natural» se deve entender a norma que o interprete formularia elevado ao plano do legislador, ainda que limitado pelo espírito geral do sistema legislativo (2).

Mas, antes de chegar a tal posição em que os movimentos são

(1) FERRARA, *Interp. e Applic. das Leis*, pág. 26. Contra, Dr. Cunha Gonçalves, *Tratado*, vol. 1.º, pág. 480.

(2) DR. DOMINGOS DE ANDRADE, *Interp. e Applicação das Leis*, Prefácio, pág. LXXXVI e DR. CUNHA GONÇALVES, *Tratado*, vol. 1.º, pág. 480.

notavelmente livres, incumbem-lhe atender à analogia (*analogia legis*) que, se num ponto de vista puramente doutrinal, se pode considerar como solução pouco justificável, todavia, e no nosso sistema legal, é o primeiro elemento integrador de que o interprete deve servir-se.

A analogia actua, inicialmente, por um processo indutivo, pois supõe que se a lei previsse determinado caso o teria regulado nas mesmas condições em que foi regulamentado um outro que, com o omissio, está em perfeita identidade jurídica.

O sistema analógico supõe que a hipótese não pode ser resolvida por disposição de lei, e que, entre o caso a regular e o regulado, existe semelhança substancial ou de essência.

Temos como certo que a analogia é um processo criador de direito, pois se applicamos a hipótese *não prevista* uma disposição legal existente que, ou vive expressa ou se deduz, parece evidente que fazemos direito novo, mas a doutrina não é pacífica a tal respeito (1).

Todavia, pode suceder, e succede, que de todo vasia a lei de algum caso análogo, haja necessidade de ir mais além lançando mão dos «princípios de direito natural conforme as circunstâncias do caso».

Neste momento, o interprete, como já foi notado, eleva-se até ao plano do legislador, pois, limitado apenas pelas regras fundamentais do sistema jurídico, actua como se fôsse chamado a formular a regra conveniente à solução da hipótese omissa.

Não era êste, com certeza, o intuito dos redactores do art. 16.º do Código Civil, mas esta circunstância não obsta a tal entendimento (2) que é o que mais perfeitamente se harmonisa com as necessidades presentes.

(1) Para FERRARA, *Interp. e Applic. das Leis*, pág. 66, a analogia não cria direito, porque o interprete apenas applica normas *já existentes* no sistema jurídico, e, portanto, no pensamento do notável Professor, não cria, *desenvolve*. Este pensamento é combatido pela moderna doutrina alemã, segundo informa o Prof. SR. DR. JAIME GOUVEIA, que contra êle também se pronuncia.

Carlos Mota, *Estudo sobre a interpretação das leis e técnica do direito*, 1.ª parte, pág. 53.

(2) SR. DR. MANUEL DE ANDRADE, *loc. cit.*, pág. LXXXVI.

Admitamos, agora, que o Pleno é chamado a pronunciar-se sobre um caso omisso, acêrca de cuja solução se pronunciara divergentemente. A hipótese não será freqüente, mas dada a sua indiscutível possibilidade, o valor como argumento permanece intacto.

As proposições em tais circunstâncias emitidas, excedem a natureza das disposições interpretativas (1).

Embora em tal momento o tribunal faça interpretação *lato sensu*, no fundo e em substância a actividade é inovadora e ninguém dirá que a tal Assento convenha, na determinação dos seus efeitos sobre o passado, o mesmo tratamento que o art. 8.º do Código Civil determina para as leis puramente interpretativas. É que, mesmo, por tal caminho, chegaríamos a admitir o absurdo de aplicar no domínio da interpretação judiciária, um conceito de retroactividade mais extenso que na própria interpretação por via legal, pois não pode considerar-se como interpretativa a lei destinada a integrar lacunas.

Mas pode ainda suceder, e sucede, que a lei por virtude do seu carácter objectivo e actualista venha a tomar um conteúdo diverso daquele que em certo período da sua vigência lhe foi atribuído, facto que deixamos notado já.

A decisão em tais circunstâncias proferida não é, com certeza, interpretativa, mas claramente inovadora, como o seria a lei que viesse regular, por modo diverso, a mesma situação. E, em tal hipótese, aquele art. 8.º, 2.ª parte, também não convém, como parece indubitável.

Mas os tribunais fazem, e êsse é até o caso normal, pura interpretação *stricto sensu*.

Em tais casos, parece que não poderá deixar de colocar-se a lei interpretativa e a decisão judiciária em perfeito pé de igualdade. E, de tal modo, não haverá razão para os sujeitar a regimes diferentes.

Veremos que não é assim.

O preceito citado, existe tendo em vista a função interpretativa exercida pelo legislador, consideração esta de extensas consequências.

(1) SR. DR. CABRAL DE MONCADA, Lições de Direito Civil, vol. 1.º, pág. 109.

Se idênticas em si — a função legisferante e judiciária — existe, todavia, entre elas diferenças importantes nos poderes de que dispõe o legislador e nos de que dispõe o interprete.

Não é necessário, de facto, descer em observação muito profunda para nos apercebermos que os seus poderes são muito diversos.

Notemos o poder do legislador de emitir, ao lado da norma de interpretação, o preceito de *isenção defenitiva*, ou seja da ressalva de tôdas as situações que o efeito daquela em regra retroactivo, por sua declaração expressa, não atingirá; o poder de fixar prazos; numa palavra, de impor, à retroacção da regra que emite, os limites que forem necessários e convenientes quando se apresente como insuficiente a única restrição do respeito pelos «direitos adquiridos» (1).

Entretanto, ao interprete, por maior que seja a amplitude que queiramos dar à sua função, sempre teremos de vê-lo movimentar-se desprovido de tais poderes e, portanto, incapacitado de limitar por meio de excepções a decisão emitida, ou de lhe fixar quaisquer outros limites além dos que derivam do respeito pelos «direitos adquiridos».

Extrai-se daqui esta conclusão de valor: o regimen da 2.^a parte do art. 8.^o citado supõe um legislador; ou talvez melhor, supõe da parte de quem emite a regra, poderes legislativos.

Se lhos retirarmos, já se vê que aquele regimen não se acomoda à situação. Ora, tal faculdade não a tem o interprete, mesmo que por êste entendamos o tribunal investido no poder de ditar uma interpretação com fôrça obrigatória.

Mas, podemos continuar a investigação.

Aparte a diferença de poderes que ficou notada, ainda existe entre o legislador e o interprete normal uma diferença de plano que convém examinar.

O legislador, observa um conjunto de factos ou circunstâncias num ponto de vista superior a interesses em presença. O julgador, observa o caso concreto no seu particularismo e é, em vista dêle, que profere a decisão.

(1) PLANIOL-RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 1.^o vol., pág. 89, n.^o 211 e pág. 101, nota (1), Paris, 1928.

Não pode perder de vista o efeito prático da decisão e, para tanto, haverá de tomar contacto com as circunstâncias especiais da relação que observa.

Ao estabelecer o silogismo, em que se traduz o julgamento, a primeira coisa que considera é, precisamente, a relação de facto.

E depois há-de encontrar a solução que seja justa.

Daqui resulta necessariamente, e é o que a prática nos ensina, uma forte influência do particularismo do caso concreto sôbre o julgado e nesta influência já o Sr. Dr. Caetano Gonçalves encontrou argumento com que combate a pretensão legal de dar uniformidade à jurisprudência (1).

Do directo contacto com as realidades resulta até à jurisprudência êste característico; franca aptidão para se adaptar às necessidades reais, mercê da qual fornece à doutrina e à actividade legislativa preciosos indicadores de estudo e correcção (2).

A norma legal, antes de ser chamada a funcionar mercê determinada ocorrência, vive, como é claro, sòmente em potencial.

Mas, verificada a ocorrência, entra em função em vista de tal objectivo particular (queremos dizer de sentido, por via de regra, *diferente* cada vez), de modo que a norma, por virtude da sua própria função de realização da justiça, assume, pode dizer-se que de caso para caso, um aspecto particular.

E esta individualização é, segundo cremos, uma das condições da realização da justiça.

Em presença dêstes factos averiguados, pergunta-se se será legítimo aplicar retroactivamente a decisão proferida a *todos* os casos que, em abstracto, se apresentem disciplinados pela regra interpretada e não arrumados por decisão definitiva, ou transacção.

Ora, afigura-se-nos a tôdas as luzes claro que a resposta deve ser negativa, sob pena de, em nome de uma suposta lógica, se ofender o princípio basilar da estabilidade das relações jurídicas.

Todos reconhecem, julgamos nós, que a solução doutrinal dada pelos Assentos, tem sido, por vezes, ao menos, prejudicada pela

(1) Supremo Tribunal de Justiça, pág. 22 e seg.

(2) FERRARA, op. cit., pág. 99.

«preocupação do caso concreto») e foi por isso que se introduziu no Código de Processo Civil de 1939 a disposição do art. 770.^o (1), que faculta ao Ministério Público o recurso para o Pleno, mesmo que não seja parte na causa e após o trânsito em julgado da decisão que lhe pôs termo, o qual não virá, pois, a ter influência alguma na questão *sub judice* e destinando-se apenas a provocar Assento sôbre conflito de jurisprudência.

Esta disposição, se por um lado põe em relêvo que o recurso para o Pleno visa especialmente o interêsse geral da uniformização da jurisprudência dos julgados, por outro confirma o ponto de vista sustentado da directa influência dos particulares da hipótese concreta sôbre a decisão.

Podemos supor, o que não é certo, nem ao menos provável, que, nesta hipótese particular o tribunal age inteiramente liberto da preocupação da hipótese discutida. Mas a excepção aproveitamos indubitavelmente como argumento, pois permanece como reconhecimento legal do ponto de vista que sustentamos.

5. — Das considerações precedentemente feitas, conclue-se que o problema tem de encontrar solução fora do quadro da regra estabelecida pela 2.^a parte, do art. 8.^o do Código Civil.

II

A SOLUÇÃO QUE PROPÔMOS

6. — Certos de que o regime legal estabelecido para as leis interpretativas é inadaptável ao problema da aplicação no tempo das soluções da jurisprudência, convém pôr, desde já, de parte a ideia de fazer aplicação da regra contida na 1.^a parte do citado art. 8.^o

Quanto a esta, num primeiro exame, ainda poderia parecer

(1) SR. DR. ALBERTO DOS REIS, Cód. Proc. Civ. Anot., 2.^a Ed., pág

viável tal solução, dado que o aditamento introduzido pelo Decreto 18.109 — «a doutrina dêstes acórdãos não tem efeito retroactivo, sendo applicável sòmente aos casos em que não haja ofensa de direitos já efectivados» — depois reduzido pelo Decreto 21.287 à primeira expressão — «a doutrina dêstes acórdãos não tem efeito retroactivo» — em muito se aproxima do disposto na 1.^a parte daquele art. 8.^o — «a lei civil não tem efeito retroactivo» — semelhança de expressão que, pode parecer, devia traduzir o mesmo conceito.

E de tal regra referente aos acórdãos com fôrça obrigatória, extrair o princípio regulador do problema em geral.

O redactor daquele aditamento não desconhecia a forma pela qual o princípio da não-retroactividade está estabelecido no Código Civil de modo que é difficilmente concebível que se tivesse querido dar àquêle, alcance diverso do que a doutrina a êste attribuía.

Reflectindo, porém, breve se reconhece que tal não pode ser e, segundo julgamos, até hoje ainda ninguém o sustentou.

Duas considerações parecem bastar para convencer: 1) à jurisprudência falta, normalmente, a data fixa a partir da qual a sua actuação em relação a situações anteriores seria, realmente, retroactiva, como é próprio da mecânica do problema da não-retroactividade das leis; 2) as conclusões da jurisprudência *nunca* são leis e em vista destas é que as regras do art. 8.^o existem.

Referentemente aos Assentos é que estas considerações parecem falhar, pois nem lhes falta a data fixa, nem tão pouco falta quem lhes atribua a natureza de leis.

Todavia, assinalada, como ficou a diferença de poderes do órgão investido em função legislativa e do que está sòmente em função fixadora de jurisprudência, tal ideia cai logo pela base, sem que relevância alguma possa ter a circunstância da existência de data fixa.

É a própria natureza das coisas que repele igualdade de soluções.

Chegámos, pois, à conclusão de que não estamos em presença de um problema susceptível de ser enquadrado na disposição do art. 8.^o do Código Civil, mas, sim, de um problema diverso, do-

tado de perfeita autonomia e que envolve, ao que julgamos, um *instituto omissio*.

Como, porém, não é possível recorrer à analogia, em razão de não existir no sistema legislativo instituto contemplado ou regulado que, *por extensão*, possa chamar-se a resolvê-lo, havemos de subir até «aos princípios de direito natural, segundo as circunstâncias do caso» o que equivale a dizer que teremos de investigar o princípio geral a extrair do seu ordenamento superior (1).

A letra da lei apenas exprime uma parte do direito, mas nem por isso deixa de conter os preceitos necessários à regulamentação das necessidades sociais reconhecidas.

Dentro desta orientação prosseguiremos.

7. — Lembramos que a questão surge quando se dão variações no conteúdo da norma ou no seu entendimento, em relação a actos praticados, ou factos passados no domínio de um conteúdo ou entendimento diverso, tal como se referiu já no presente esboço.

E a questão só se coloca, como é claro, em relação a situações não arrumadas por decisão definitiva, ou transacção, pois as liquidadas por qualquer destas maneiras sobrevivem a tôdas as possíveis flutuações da norma.

Mas as outras situações, se criadas à sombra de um entendimento corrente ou dominante, que pode até ser obrigatório, não deixam de ser dignas de protecção pelos motivos que deixamos expostos, e ainda porque a realização normal do direito é a voluntária e pacífica, e a anormal precisamente aquela que resulta do emprêgo de meios coactivos, ou pelo menos, em que a disputa se iniciou, embora posteriormente venha a resolver-se por transacção, ou decisão arbitral.

Acresce que os casos de realização voluntária, além de representarem a finalidade última do direito, são precisamente os mais frequentes na vida jurídica.

Ora, se a não-retroactividade é estabelecida (o que não oferece dúvida) como princípio de elementar justiça na defesa dos inte-

(1) SR. DR. CABRAL DE MONCADA, Lições, 1.º, pág. 171 e segs.

resses individuais, parece certo que no ordenamento jurídico deve existir um princípio em que encontrem protecção.

Esta protecção não é reclamada para situações emergentes de estados de pura incertesa, pois em relação a estes a retroactividade não impressiona, dado que ninguém pode proceder então com legítima convicção de que age segundo a lei, e, porque em tais casos o interesse social reclama a abolição do estado de obscuridade equivalente à inexistência de regime jurídico.

A necessidade de tal protecção surge para as situações que nasceram à sombra de um entendimento corrente ao tempo, ou até obrigatório e que, portanto, deu lugar a legítimas expectativas de estabilidade.

Em relação a estas, já o interesse geral reclama tal protecção, pois nem mesmo se compreenderia que a situação desprotegida fôsse precisamente aquela em que os sujeitos deram ao direito a solução normal.

No campo das aplicações, não poderemos deixar de relacionar o facto com os sujeitos, visto que a disciplina do direito se dirige a relações entre homens, o que quer dizer que devem ter sempre uma base de equidade, noção que encontramos em grande relêvo na teoria da aplicação das leis no tempo, pois, nesta, a cada passo vemos sacrificado o rigor dos princípios às exigências das necessidades práticas.

E, realmente, é preferível desistir de uma construção rígida a termos de sacrificar à puresa teórica, as necessidades reais a que o direito se dirige. Seria a negação da sua própria essência.

8. — A solução que atribue efeito retroactivo necessário às conclusões da jurisprudência, foi já por nós combatida com razões que, sinceramente, nos parecem convincentes.

O problema, ao que julgamos, só pode encontrar solução, desde que nos coloquemos no plano temporal do entendimento da lei.

Assim, havemos de investigar se a solução se conformava com um entendimento sério das normas aplicadas segundo o juízo do tempo, ou seja, segundo a jurisprudência ou a doutrina de então.

Parece que o pensamento do Decreto 17.783, ao estabelecer que «a doutrina destes acórdãos é aplicável sòmente aos casos

em que não haja ofensa de direitos já efectivados, em harmonia com a jurisprudência no momento da sua efectivação», era o de circunscrever tal reconstituição ao exame da jurisprudência do tempo.

Quere dizer : segundo êste preceito, a doutrina fixada pelos acórdãos com fôrça obrigatória, não podia afectar os «direitos já efectivados» ou seja, os constituídos «em harmonia com a jurisprudência no momento da sua efectivação».

Notemos, desde já, o cuidado que houve em arredar do preceito a expressão «direitos adquiridos», no manifesto intuito de evitar que viesse a ser-lhe atribuído o conteúdo que a doutrina atribue a tal expressão na interpretação da 2.^a parte do art. 8.^o do Código Civil.

Daqui esta conclusão : «direito efectivado» não era o mesmo que «direito adquirido», ao menos com o sentido que se lhe atribue ao funcionar como obstáculo de retroacção das leis interpretativas.

Ao falar em «direitos efectivados em harmonia com a jurisprudência no momento da sua efectivação», o Decreto 17.783, remeta, claramente, para o plano temporal do entendimento da lei.

Fornecia assim estes dois elementos : 1) que existiam direitos diferentes dos compreendidos na categoria de adquiridos com o conteúdo do art. 8.^o do Código Civil, que não eram atingidos pelas proposições dos acórdãos com fôrça obrigatória ; 2) que se determinavam pelo valor que tivessem ao tempo da sua ocorrência, em face das conclusões da jurisprudência de então.

«Direitos efectivados» seriam, pois, todos os que pudessem considerar-se subjectivados se a lei tivesse realmente o alcance que a jurisprudência do tempo lhe atribuía, mas não arrumados, já se vê, por decisão definitiva, ou transacção.

O preceito necessitava, porém, de maior amplitude, pois parecia limitar a existência de tais direitos à sua conformidade com a jurisprudência e podia, inclusivé, não a haver acêrca da espécie.

O aditamento que o Decreto 18.109, de 20 de Março de 1930, introduziu ao § 3.^o, art. 66.^o do Decreto 12.353 é já mais amplo : «a doutrina dêstes acórdãos não tem efeito retroactivo, sendo applicável sòmente aos casos em que não haja ofensa de direitos já efectivados».

Aparece aqui pela primeira vez, nesta matéria, expressa a ideia de que a doutrina dos acórdãos com fôrça obrigatória não tem efeito retroactivo.

A posição da lei perante o problema passa a ser diferente: pelo Decreto 17.783 a retroactividade é admitida como princípio (e esta afirmação não é prejudicada pela expressão «a doutrina dêstes acórdãos é aplicável *sòmente* aos casos», etc.); pelo Decreto 18.109 a retroactividade é proibida em princípio.

Esta consideração não é de todo indiferente, pois revela o propósito de afirmar o princípio da salvaguarda das situações anteriormente existentes e que devessem ser respeitadas.

Quais estas fôssem, não se disse com precisão, pois se deixou caminho aberto ao efeito retroactivo apenas quando não importasse ofensa de «direitos efectivados».

Esta expressão aparece aqui, como já notamos, com um sentido mais amplo do que tinha, ou, se antes se quiser, mais vago.

Importa, porém, lembrar que na lei existem expressões de sentido *instável* por natureza, cujo conteúdo será preenchido de acôrdo com as ideias do tempo, ou as necessidades dos casos concretos em apreciação.

Pertencem a êste tipo as expressões «boa-fé», «direitos adquiridos», «acto reprovável», etc.

A expressão «direitos efectivados» era também um dêstes conceitos-válvulas, que havia de revestir aquele significado que a realidade lhe viesse a impor, o que é normal e não provoca reparos.

O que haveria, era a preencher convenientemente o espaço deixado em branco pela lei à doutrina.

De certo, em resultado da crítica feita, o Decreto 21.287 limitou-se a consignar que «a doutrina dêstes acórdãos não tem efeito retroactivo» o que representa a afirmação de um conceito a precisar.

Mas a evolução legal descrita, mostra que a lei reconhecia a necessidade de protecção de certas situações anteriores, a acautelar em nome da mesma razão pela qual se impõe ao consenso geral a não-retroactividade das leis.

E mostra ainda que a lei *consentia* protecção aos direitos que pudessem considerar-se subjectivados se a lei tivesse realmente o

sentido que a doutrina ou jurisprudência do tempo seguia e que as partes lhe atribuíram, certas de um procedimento conforme à lei, pois as modificações não aparecem para restringir o preceito do disposto no Decreto 17.783, mas para o ampliar.

Porém, quando a lei *consente* e deixa um espaço em branco o que resta é ver quando as circunstâncias impõem a intervenção do princípio — esta averiguação, dá a medida da expressão de conteúdo instável.

De modo que, no caso das citadas disposições dos Decretos 18.109 e 21.287, o que haveria a averiguar era até que ponto as circunstâncias imporiam tal protecção.

O Código de Processo Civil não contém qualquer disposição tendente a regular a aplicação no tempo da doutrina dos Assentos.

Embora, presumivelmente, a intenção do ilustre autor do Projecto fôsse remeter, com o silêncio, para o disposto na parte final do art. 8.º do Código Civil, a verdade é que a integração da lacuna não nos pode levar a tal caminho, pois além de o Assento nem sempre revestir carácter interpretativo, tal disposição é, de todo inaplicável, seja qual for a natureza da decisão, como vimos já.

9. — A não-retroactividade das conclusões da jurisprudência impõe-se ao espírito do jurista, pelas mesmas razões por que é universalmente aceite o princípio da não-retroactividade das leis.

Não pode duvidar-se de que existe como princípio fundamental no nosso direito.

Os Decretos 17.783, 18.109 e 21.287, nos passos citados contemplaram apenas o caso em relação à doutrina dos acórdãos com força obrigatória, mas parece claro que a solução por elles dada abrangia todo o problema da aplicação da jurisprudência no tempo visto que, embora se dirigissem tão somente a um aspecto, todavia, o tratamento que lhe foi dado revelava um princípio que convém ao problema em geral.

Reconhecido que a estabilidade das relações sociais exige uma protecção desta espécie e que ela não repugna aos princípios fundamentais do direito legislado, parece que só resta encontrar a solução que se ajuste à satisfação de tal necessidade, pois não há dúvida de que, em tais condições, se não exorbita do que é tècnicamente legítimo.

Nesta ordem de ideias e em presença dos elementos aqui recolhidos, parece-nos indubitável que teremos de concluir, como princípio geral, pela não-retroactividade das conclusões da jurisprudência, tôdas as vezes que, colocada a questão no plano temporal, haja ofensa de *legítimas expectativas*, entendendo nós por estas as situações fundadas na posse e realização efectiva de direito, apreciados segundo a doutrina ou jurisprudência do tempo.

Pode, talvez, dizer-se que se trata de meras situações de facto (1).

Mas são situações a que a lei atende para as isentar do efeito retroactivo das conclusões da jurisprudência e tanto basta, de mais que não são desconhecidas do nosso direito outras verdadeiras situações de facto a que a lei atribue efeitos jurídicos — a «posse», a «oposição não seguida», a «preocupação», as obrigações naturais, etc.

Talvez até não fôsse difícil enquadrar tais situações no conceito de «direitos adquiridos», pois que estes estão consagrados no nosso sistema legal como princípio absoluto.

O ilustre Prof. Sr. Dr. Manuel de Andrade, a propósito do obstáculo oposto à tese actualista na interpretação das leis, de que ela prejudica o princípio fundamental da não-retroactividade das leis, escreveu: «Parece que a solução deve ser a não-retroactividade do novo conteúdo que a lei venha a receber por virtude da interpretação progressiva. Assim o pedem as mesmas razões que justificam o princípio da não-retroactividade» (2).

Com maior firmeza e a propósito da mesma objecção, escreve, o eminente Professor: «Os poderosos motivos em que assenta a doutrina da não-retroactividade parece levarem por força a ter de aplicar-se a interpretação que competia à lei no tempo do facto jurídico em causa, segundo reclamavam então o ideal da justiça e os interesses da prática» (3).

Segundo cremos, a ideia, no fundo, é a mesma.

Não tivemos possibilidades de averiguar se as legislações ger-

(1) Conf. Gaz. Jud. ano 2.º, pág. 15, anot.

(2) Interpretação e Aplicação das Leis cit., Prefácio, pág. XLII, nota (2).

(3) mesmo lugar, pág. XCII.

mânicas que atribuíam ao Tribunal Supremo poderes de interpretação *in abstracto*, deram lugar à formação de doutrina a respeito do nosso problema (1).

Ernesto de Castro Leal

(1) Os nossos tribunais, ao aplicar as disposições limitadoras do efeito retroactivo dos acórdãos com força obrigatória, não chegaram a esboçar, sequer, uma doutrina a propósito do problema. Vid. Ac. Sup. Trib. Just. de 22-4-930, na Rev. dos Trib. ano 48.º, pág. 147 e Gaz. Jud. ano 2.º, pág. 14; Ac. do mesmo Tribunal de 18-12-931, na Col. Ofic. ano 30.º, pág. 268; Rev. dos Trib. ano 64.º, pág. 364; Rev. de Leg. e de Jur. ano 64.º, pág. 346.