

A lei, em regra, não retroage, nem para beneficiar

Autore: Marcos Silva Conceicao

In: Diritto brasiliano

I - INTRODUÇÃO:

O propósito deste trabalho é fazer uma análise acerca da suposta retroatividade benéfica da lei.

Pretende-se demonstrar o equívoco de tal afirmação, tanto no âmbito penal quanto nas disciplinas extrapenais.

Iniciamos os trabalhos, recorrendo ao texto da Constituição da República e a Lei de Introdução ao Código Civil.

II - APLICAÇÃO IMEDIATA E GERAL versus RETROATIVIDADE BENÉFICA:

Do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e da lei. Efeitos e o direito adquirido.

Em prol da segurança jurídica, o art. 5º., inciso XXXVI, da CR/88¹ e o art. 6º., da LICC² dispõem que as leis em vigor terão “**efeito** imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

A **coisa julgada** (decisão transitada em julgado – lei individual para o caso concreto) e o **ato jurídico perfeito** (ato ou negócio jurídico perfeito e acabado – lei entre as partes) geram efeitos. Estes podem ser instantâneos ou permanentes, imediatos ou mediatos, ampliativos ou restritivos de direitos.

Os efeitos instantâneos são aqueles que não se protraem no tempo. Aperfeiçoam-se e esgotam-se sob a vigência e o vigor da lei anterior.

Já os efeitos permanentes são aqueles em que aperfeiçoados sob a vigência e o vigor da lei anterior não se esgotam sob esta, protraindo-se no tempo. Podem, eventualmente, invadir o âmbito temporal da lei nova.

O efeito imediato é aquele em que o titular do direito, ou alguém por ele, pode exercê-lo de imediato (art. 6º., § 2º., primeira parte, da LICC).

Já o efeito mediato é aquele em que o começo do exercício do direito tenha termo pré-fixado³, ou condição preestabelecida inalterável¹, a arbítrio de outrem (art. 6º., § 2º., in fine, da LICC).

O efeito ampliativo de direitos, como o próprio nome diz, amplia direitos (positiva).

Já os restritivos de direitos, como o próprio nome diz, restringe direitos (negativa).

Esses mesmos efeitos também se encontram na lei, digo, também a lei possui efeitos instantâneos ou permanentes, imediatos ou mediatos, ampliativos ou restritivos de direitos. Aquela também poderá gerar direitos adquiridos que, conforme disciplinado na Carta Magna e na Lei Introdutória, deverão ser resguardados pela nova lei.

Nestes termos, a lei nova, em regra, terá efeito imediato e geral nos casos de efeitos permanentes (imediatos e mediatos) restritivos de direitos.

A título de exemplo deste entendimento temos o art. 2035, CC.

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Porém, nos casos em que os efeitos são instantâneos ou permanentes (imediatos e mediatos) ampliativos de direitos, não se aplica a norma do Art. 2.035, do CC, e nenhuma outra lei nova para restringi-los, vez que **estaremos diante de direitos adquiridos**. É o que comumente se chama de efeito ultrativo ou ultratividade da lei mais benéfica.

A partir da inteligência do preceito constitucional e do legal é possível afirmar, seguramente, que as leis, em regra, não têm retroatividade. Assim sendo, a lei nova é aplicável aos casos pendentes (efeitos permanentes) e futuros. Excepcionalmente, no entanto, admitir-se-á a aplicação da lei nova aos casos passados (aperfeiçoados e esgotados sob o pálio da lei antiga) **quando houver expressa previsão legal**, determinando sua aplicação a casos pretéritos, como ocorreu na lei n. 12.041 de 09 de outubro de 2009 que disciplinou os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e **determinou que o reajuste fosse retroativo a setembro de 2009**.

Sobre o assunto a lição de Nelson Nery Júnior⁵:

“Irretroatividade da lei. Direito adquirido. Ato jurídico perfeito.

O princípio da irretroatividade da lei esta consagrado entre nós pelas disposições da CF 5º., XXXVI e da LICC 6º., caput, (“efeito imediato”), razão pela qual se asseguram a sobrevivência e a ultratividade da lei antiga. Por esse princípio a lei nova não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, o direito adquirido ou a coisa julgada.

Contudo, a cláusula da irretroatividade da lei nova convive com outro preceito de direito intertemporal, que é o da eficácia imediata da lei nova. Essa convivência harmônica entre os dois dispositivos implica a conclusão de que, quando a LICC 6º., caput, determina que, assim que entre em vigor, a nova lei produza eficácia imediata e geral, atingindo a todos indistintamente, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, isto quer significar que a nova lei, mesmo possuindo eficácia imediata, não pode atingir os efeitos que já foram produzidos quando estava em vigor a lei agora revogada. É isto que significa “a lei não prejudicará (...) o ato jurídico perfeito”, expressão consagrada pela CF 5º., XXXVI.

Ter efeito imediato e geral significa que a lei nova atinge somente os fatos pendentes (*facta pendentia*) e os futuros (*facta futura*) que se realizarem já sob sua vigência, não abrangendo os fatos pretéritos (*facta praeterita*), estes últimos protegidos pela cláusula constitucional da irretroatividade. Não se pode confundir, portanto, a eficácia imediata que toda lei nova tem, atingindo negócios jurídicos em curso a partir de sua entrada em vigor, com retroatividade da lei, proibida pelo sistema conforme disposto na CF 5º., XXXVI e LICC 6º., caput.

Neste sentido também a jurisprudência da Suprema Corte no RE 597.389-SP, sobre a controvérsia da retroatividade da norma previdenciária ou sua aplicação imediata em função da Lei nº 9.032/95 (Majoração do Coeficiente para a Pensão por Morte):

EMENTA: Questão de ordem. Recurso extraordinário. 2. Previdência Social. Revisão de benefício previdenciário. Pensão por morte. **3. Lei nº 9.032, de 1995. Benefícios concedidos antes de sua vigência. Inaplicabilidade. 4. Aplicação retroativa. Ausência de autorização legal.** 5. Cláusula indicativa de fonte de custeio correspondente à majoração do benefício previdenciário. Ausência. 6. Jurisprudência pacificada na Corte. Regime da repercussão geral. Aplicabilidade. 7. Questão de ordem acolhida para reafirmar a jurisprudência do Tribunal e determinar a devolução aos tribunais de origem dos recursos extraordinários e agravos de instrumento que versem sobre o mesmo tema, para adoção do procedimento legal. 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (RE 597389 RG-QO / SP - SÃO PAULO REPERCUSSÃO GERAL POR QUEST. ORD. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MINISTRO(A) PRESIDENTE Julgamento: 22/04/2009 Publicação DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-09 PP-01969) **(grifo nosso).**

Das normas de ordem pública.

Ainda na Magna Corte, interessante decisão acerca da irretroatividade das normas de ordem pública exarada no AI. 251.533-6/SP, da lavra do eminente Ministro Celso de Mello que deve ser interpretado a luz do Art. 2.035, do CC, e das teses aqui defendidas sob pena de imputar ao Tribunal algo que não foi dito. Passemos a analisar:

“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. 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.” (STF, AI. 251.533-6/SP, rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. 25.10.99, DJU 23.11.99, p. 32-3).

Quando se diz que **“A lei nova não pode reger os efeitos futuros [permanentes (imediatos e mediatos) ampliativos de direitos] 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 [aplicação imediata e geral], incide na vedação constitucional que protege a incolumidade do ato jurídico perfeito [direitos adquiridos]”,** quer dizer que o ato jurídico perfeito (contrato de depósito de caderneta de poupança) gerou efeitos permanentes (imediatos e mediatos) ampliativos de direitos e que não se aplica a norma do Art. 2.035, do CC, e nenhuma outra lei nova para restringi-los, vez que **estava diante de direitos adquiridos**. Por isso o efeito ultrativo ou a ultratividade da lei mais benéfica.

Da Constituição.

Neste, peço vênia para transcrever ensinamento de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁶ por oportuno e procedente.

“Não se duvide que, a toda evidência, não há (e não poderia ser diferente) direito adquirido em face do Texto Constitucional. Em outras palavras, não existe direito adquirido em face do poder constituinte originário – o que é absolutamente justificável, uma vez que se institui uma nova ordem jurídica. É que o advento de uma nova ordem constitucional faz desaparecer, integralmente, o ordenamento que, até então, existia. Cessa, assim, a ratio que sustentava a legislação vigente e, conseqüentemente, os direitos que foram outorgados. Nesse passo. Vale recordar o art. 17 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias: ‘os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, nesse caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título’.

Todavia, no que tange ao Poder Constituinte derivado (as emendas constitucionais) não se pode chegar à mesma solução. Efetivamente, embora as emendas constitucionais sejam normas constitucionais, são elaboradas pelo poder constituinte derivado ou de segundo grau, não inaugurando um novo sistema. Por isso, a elas é possível objetar a necessidade de respeito ao direito adquirido. Endossando essa conclusão, ZENO VELOSO é contundente ao asseverar que ‘as emendas constitucionais têm de respeitar, sem dúvida, o princípio do direito adquirido’. E dispara: ‘é inconstitucional emenda à Constituição que desrespeita esta garantia’. Apesar da clareza desse raciocínio, em entendimento questionável tecnicamente, vem afirmando o Supremo Tribunal Federal que não há direito adquirido, nem mesmo, em face do poder constituinte derivado e não só em relação ao poder originário. Serve como consistente exemplo desse posicionamento a reforma da Previdência Social, oportunidade em que foram relativizados direitos adquiridos de servidores públicos em razão de uma emenda constitucional (PEC 33).”

Do direito penal.

Fechando o raciocínio, mister que se faça uma releitura do art. 5º., inciso XL, da CR/88 que dispõe;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à

segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

O inciso deve ser lido, com fulcro no Princípio da Unidade da Constituição, da seguinte forma:

“a lei penal, seguindo a norma geral, tem aplicação imediata e geral, podendo, em algumas hipóteses, prever a retroatividade benéfica, desde que expressamente”.

Esta afirmação se justifica por ser contraproducente a retroatividade benéfica automática da lei penal como passamos a demonstrar na seguinte suposição.

Supondo um caso de “abolitio criminis”. A lei nova, pela regra geral, deve ter aplicação imediata e geral alcançando os casos pendentes (efeitos permanentes) e os casos futuros (que se constituirão sob sua égide). Eis a razão do cabimento da revisão criminal para os casos pendentes (efeitos permanentes).

Porém, se admitirmos a retroatividade benéfica automática, a “abolitio criminis” estará não só descriminalizando o fato a partir da lei nova, como também retroagindo ao fato passado para descriminalizá-lo. Isto fatalmente resultará em um pedido de indenização contra o Estado pelo constrangimento ilegal por todo o período de encarceramento do agora ofendido.

CONCLUSÃO.

Tivemos por objetivo demonstrar que a irretroatividade da lei nova é a regra em qualquer ramo do direito; que a lei nova tem aplicação imediata e geral; que, em algumas hipóteses, poderá ser aplicado o efeito retroativo a lei nova, desde que para beneficiar e desde que expressamente previsto.

Destacamos, nestas passagens, que se chegou a esse entendimento através de uma interpretação sistemática e unitária da Constituição.

Ao final, ao afirmar tais teses, o que se deseja é provocar estudos mais aprofundados acerca do tema.

Uberlândia, Minas Gerais, Brasil.

14 de maio de 2010.

17h04.

OABMG 82.848

BIBLIOGRAFIA:

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. In Curso de Direito Constitucional. 1ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. in Código Civil Comentado, 4ª., ed., ampl., e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pág. 128.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil Teoria Geral. 8ª. edição., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Volume I: Parte Geral. 8ª. edição., revista, atualizada e reformada. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 14 mai. 2010.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10406.htm>. Acesso em 14 mai. 2010.

BRASIL. Lei n. 12.041, de 09 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L12041.htm>. Acesso em 14 mai. 2010.

BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em 14 mai. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 597.389- /SP. Relator Ministro Presidente. Julgamento. 22/04/2009. Data de publicação no Diário da Justiça Eletrônico. 21/08/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 251.533-6/SP. 1ª. SEÇÃO. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento. 25/10/1999. Data de publicação no Diário da Justiça. 23/11/1999.

1 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

2 Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957)

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Parágrafo incluído pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo comêço do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Parágrafo incluído pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Parágrafo incluído pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957)

3 Art. 131. O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito.

4 Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

5 NERY JÚNIOR, Nelson. in Código Civil Comentado, 4ª., ed., ampl., e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pág. 128.

6 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil Teoria Geral. 8ª. edição., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

<https://www.diritto.it/a-lei-em-regra-nao-retroage-nem-para-beneficiar/>