

IRRETROATIVIDADE E RETROATIVIDADE DA LEI NA CONSTITUIÇÃO DE 1946

Josaphat Marinho

Senador Federal — Prof.
da Faculdade de Direito
da Universidade da Bahia

1 — Direito e técnica legislativa. 2 — Irretroatividade, regra combatida. 3 — A irretroatividade na Constituição. 4 — Exceções à irretroatividade. 5 — Concessão de serviço público e retroatividade. 6 — O Projeto de Lei n.º 74. 7 — Inexistência de direito adquirido. 8 — Retroatividade necessária. 9 — Conclusão.

1 — DIREITO E TÉCNICA LEGISLATIVA

No direito, público ou privado, todo princípio encerra ou proporciona controvérsia. O caráter social dos fenômenos em que incidem os preceitos jurídicos nutre a divergência, a que o pensamento imprime o sentido próprio do tempo e do lugar de repercussão da norma discutida. Não há noções, mesmo real ou aparentemente claras, que não se desdobrem numa alternativa, em contato com os fatos. A lei, especificamente, constitucional ou ordinária, é sempre de conteúdo questionado, e, em consequência, de aplicação contestada.

Mas, se o legislador não pode elaborar norma de aceitação tranqüila e unânime, cumpre-lhe evitar as cláusulas demasiado restritivas do poder do Estado de eliminar ou reduzir privilégios e injustiças. Não se trata de conferir poderes plenos ou abusivos ao Estado, mas de impedir limitações extravagantes à sua capacidade de regular situações ocorrentes. Onde doutrinas e privilégios obstam a ação prudentemente saneadora do Estado, o direito sofre deturpação.

A técnica legislativa, criada para assegurar a disciplina e a correção das contradições da vida associada, é inconciliável com regime de aprisionamento da autoridade na cadeia de interesses pessoais ou de grupos, cuja revisão, muitas vezes, a ordem social impõe.

2 — IRRETROATIVIDADE, REGRA COMBATIDA

A regra da irretroatividade da lei, conquanto antiga, é de recepção temerária, sobretudo num texto constitucional, pelas dúvidas, limitações e inconveniências que suscita. Exacerba ambições. Mutila o poder do Estado. Propicia deformações no sistema jurídico. Daí a resistência à sua incorporação ao direito positivo.

Ao condená-la, em 1934, JOÃO MANGABEIRA ⁽¹⁾ demonstrou que "quase todas as Constituições a repeliram; quase todos os códigos civis modernos a rejeitam; os maiores tratadistas, no direito público ou no privado, a repudiam. Posta numa

Constituição, é incompatível com o desenvolvimento da sociedade e com as funções do Estado". E acrescentou: "Princípios como o do respeito aos direitos adquiridos ou o da irretroatividade da lei cabem, quando muito, num código. São normas essenciais à civilização e à vida jurídica que, à semelhança de tantas outras, a jurisprudência cria, firma, desdobra ou aplica na solução dos pleitos humanos. São regras que devem limitar o juiz. São princípios que o legislador não deve esquecer e que não pode violar nos dias normais, tamanha a reação que seu ato provocaria. Não podem, porém, prevalecer, quando uma grande causa social ou humana exige outra solução".

Hoje, as restrições a essa regra são maiores, diante do aumento dos fins e das funções do Estado, para preservação do interesse geral. Tanto é assim que não a adotam, igualmente, as constituições posteriores à segunda grande guerra, inclusive as mais recentes, dos Estados africanos, para não assinalar as dos regimes socialistas, incompatíveis, por sua filosofia política, com princípio tão permeável a privilégios. A França o conserva no Código de 1804 (art. 2.º). Mas, a par das limitações decorrentes da experiência, a Constituição de 1958 prescreve que a lei fixa as regras disciplinadoras do exercício dos direitos e do gozo dos bens, e defere às leis de programa a determinação dos objetivos da ação econômica e social do Estado (art. 34). Na Itália, as disposições sobre lei em geral, que precedem o Código Civil de 1942, estipulam a irretroatividade (art. 11). Contudo, a Constituição vigente a partir de janeiro de 1948 não a adotou. E estabelece que é encargo da República remover os obstáculos de ordem econômica e social prejudiciais à liberdade e à igualdade dos cidadãos (art. 3.º). Prescreve, também, que a lei regulará a atividade econômica, pública e privada, de modo que possa ser coordenada para fins sociais (art. 41). Tais poderes, corretivos de dissimetrias injustas ou desaconselháveis, se opõem, em tese, a regime de direitos subjetivos intangíveis, no plano social e econômico.

Mesmo nos Estados Unidos o princípio da irretroatividade ampla não vingou. A Constituição proibiu ao Congresso a elaboração de leis *ex post facto* (art. 1.º, sec. 9, n.º 3). Estendeu essa vedação aos Estados e os impediu, ainda, de editar leis modificativas de obrigações contratuais (art. 1.º, sec. 10, n.º 1). A Corte Suprema, porém, já em 1798, no caso *Calder versus Bull*, firmou que as leis *ex post facto* se referem apenas ao Direito Penal. E quanto à alteração de obrigações contratuais, se de início a Corte distendeu a vedação, atualmente a cláusula é submetida a sucessivas contrações, diante do fortalecimento do poder de polícia, como observam os expositores do Direito americano.

São gerais, portanto, as restrições à irretroatividade da lei.

3 — A IRRETROATIVIDADE NA CONSTITUIÇÃO

A Constituição brasileira de 1946, não obstante, consagra o princípio combatido. Em forma de dogma, o art. 141, § 3.º, proclama que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Mantém a tradição condenável da Constituição de 1824 (art. 179, § 3.º) e da de 1891 (art. 11, § 3.º), repetindo a fórmula da de 1934 (art. 113, n.º 3).

Contrário, assim, à técnica de elaboração constitucional e à orientação dominante na generalidade dos povos cultos, o preceito do art. 141, § 3.º, há de ser interpretado, entretanto, dentro da concepção geral do problema, que encerra. Regras e instituições provindas de outras fontes não podem ser isoladas no quadro nacional. Regimes

jurídicos de origens ou de fins paralelos não de conferir aos institutos comuns entendimento semelhante, diversificado apenas no que reflete as peculiaridades de cada povo.

Já na vigência da Constituição de 1891, histórica e praticamente mais individualista e liberal do que a presente, RUI BARBOSA (2) defendeu êsse processo de exegese. Assinalando que o princípio da irretroatividade não é absoluto, desenvolveu lição magistral, ainda agora de atualidade irrecusável. Indagou e esclareceu:

"Tôda lei que retroage, será retroativa perante a disposição do art. 11, n.º 3, da lei fundamental? Leguleios poderão responder que sim; mas os constitucionalistas sabem que não.

"Leis há, fatalmente, constitucionalmente retroativas. Nesta classe estão necessariamente as que "estabelecem mitigação de penas, extensão de direitos, ou reintegração de capacidade." (SAREDO: *Tratado delle leggi*, pág. 303, n.º 359.)

"Diria sensatamente alguém que, por estar vedada sem reservas, na Constituição, a retroatividade das leis, não seria legitimamente retroativa, entre nós, uma lei, que abolisse ou atenuasse penalidades? Suponhamos que um ato, considerado criminoso até ontem, cesse de sê-lo por uma lei de hoje. Individuos já incursos nesse ato, mas ainda não julgados, estarão sujeitos à pena abolida? Evidentemente não. Mas estariam, a prevalecer a inteligência que vê no texto do art. 11, § 3.º, a proibição de tôda e qualquer retroatividade. Retroativas foram as leis que extinguíram a feudalidade, a servidão, a dízima, o cativo (ARNTZ: *Cours*, I, pág. 28. SAREDO, op. cit., pág. 183, n.º 317). E, não obstante, seriam perfeitamente constitucionais perante o nosso direito. Por quê? Porque melhoravam a condição geral das pessoas, extinguíam opressões, reintegravam o homem na sua capacidade inalienável."

Adiante, fixou: "O que a nossa Constituição quis, pois, foi vedar a retroatividade injurídica, a retroatividade maligna, a retroatividade condenada, queremos dizer a que ataca a equidade e a justiça, a que destrói ou ameaça as situações legalmente adquiridas. Porque há, de outro lado, uma retroatividade benfazeja, equitativa, justa, que o direito não se limita a autorizar: exige, impõe e necessita."

4 — EXCEÇÕES À IRRETROATIVIDADE

Esse direito determinante da retroatividade benéfica fulmina a rigidez dos sistemas que visam a impedir a aplicação da lei a situações anteriores. Problemas sociais e econômicos geram novos casos de retroatividade, para que a defesa do interesse geral ou nacional não seja obstada por privilégios pessoais ou de grupos. O princípio da relatividade dos direitos, cada vez mais forte, favorece êsse processo de revisão, sem prejuízo da proteção à pessoa humana.

Assim, a Constituição de 1946, reproduzindo a de 1934 (art. 113, n.º 27), assegura a retroação da lei penal que favorecer o réu (art. 141, § 29). Mais: inovando com relação aos regimes antecedentes, prescreve a retroatividade da lei disciplinadora do regime das empresas concessionárias de serviços públicos.

5 — CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E RETROATIVIDADE

Estabelece o art. 151 da Constituição:

"A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais."

E acrescenta no parágrafo único:

“Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender a necessidades de melhoramento e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.”

Como se vê, a norma constitucional é imperativa sob tríplice aspecto. Ordena:

- a) “a lei **disporá** sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos;”
- b) “**será determinada** a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão;”
- c) “**aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior.**”

Logo, em preceito de igual valor, a Constituição abre exceção ao disposto no art. 141, § 3.º, para decretar a retroatividade. Reconhece-o, claramente, PONTES DE MIRANDA ⁽³⁾: “O art. 141, § 3.º, sofre exceção diante do art. 151, parágrafo único, que é regra de Direito intertemporal, para permitir a eficácia da lei ordinária contra os contratos com tarifas para todo o tempo, ou algum tempo (**a fortiori**) e direitos a respeito adquiridos.”

Caracterizando os serviços públicos e as concessões, justamente para situá-los fora do âmbito das regras privatistas, TEMÍSTOCLES CAVALCANTI ⁽⁴⁾ fixa, no mesmo sentido, o alcance do art. 151. “Compreende-se bem — acentua — a inclusão do preceito na Constituição, não só porque o serviço concedido é explorado por delegação, como ainda porque o monopólio é da essência desses serviços, acarretando graves responsabilidades para o poder concedente. São razões suficientes para que a matéria passe ao plano constitucional, contendo as recomendações essenciais ao legislador, principalmente no que se refere ao cálculo das tarifas.”

Por argüí-lo contrário ao espírito federativo, SAMPAIO DÓREA ⁽⁵⁾ censurou o art. 151. Mas reconheceu: “Não se pode contudo negar ao preceito sua característica de constitucional.” E observou: “O que causa realmente estranheza é o final do parágrafo único.” Ora, se o dispositivo é constitucional, a estranheza quanto à parte final do parágrafo reside na verificação de seu efeito retroativo. Sendo esse efeito, como é, manifestamente declarado, não podia recusá-lo o ilustre Professor sob a alegação de que o art. 151 e o art. 141 “se atritam”. Princípios tranquilos de hermenêutica recomendam que o intérprete não considere em atrito duas normas da mesma Constituição. Admiti-lo será reconhecer a possibilidade de um dispositivo válido e outro ineficaz, o que, pelo menos desde MARSHALL, não se pode presumir.

No caso, evidentemente, o art. 151 excetuou a situação das empresas concessionárias de serviços públicos da regra geral traduzida no art. 141, § 3.º. Não pode ter outro sentido lógico e legítimo a firmeza do texto: “aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.” É a retroatividade peremptória.

6 — O PROJETO DE LEI N.º 74

A discussão dessa matéria tomou corpo no Senado, recentemente, no exame do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 74, de 1959, relativo à correção do valor original dos bens das empresas de energia elétrica.

Na Comissão de Constituição e Justiça, o Senador Eurico Rezende, como Relator, concluiu pela inconstitucionalidade do Projeto, diante do art. 141, § 3.º, e considerou *inatingíveis as situações jurídicas decorrentes do Decreto-Lei n.º 5.764, de 1943, e da Lei n.º 3.470, de 1958*. Com base no art. 151 e seu parágrafo, sustentamos, então, a legitimidade da proposição, embora assinalando que seus termos pudessem ser aperfeiçoados e revistos.

Sendo *peremptório* o efeito retroativo do parágrafo único do art. 151, *que, assim, como visto, faz exceção ao alcance do art. 141, § 3.º, é evidente que nenhuma lei ordinária pode obstar as modificações autorizadas no quadro jurídico preexistente. Nem lei anterior nem posterior à Constituição. Qualquer que seja, não pode anular ou reduzir a eficácia do princípio constitucional, num regime, como o nosso, de superlegalidade. É a consequência fatal da histórica lição de MARSHALL* ⁽⁵⁾, no caso *Marbury v. Madison*.

E não cabe a alegação de que a Lei n.º 3.740, de 1958, cumpriu o disposto no art. 151 da Constituição, para trancar a elaboração de novo diploma. Não cabe por dois motivos fundamentais. Primeiro, porque é *uma lei ordinária, que por outra pode ser alterada ou revogada*. Segundo, porque não consubstancia a lei específica, reguladora do regime das empresas concessionárias de serviços públicos, prevista no art. 151. A Lei n.º 3.740 dispõe sobre o imposto de renda. Incidentalmente cogitou da correção monetária, problema de caráter fiscal que atinge as empresas concessionárias. E só.

O art. 151 exige diploma que preceitui sobre o regime das empresas, no plano federal, no estadual e no municipal, determine a fiscalização e a revisão das tarifas e se aplique às concessões feitas no regime anterior. Enfim, a Constituição prevê e reclama uma lei especial reguladora de todo o regime das empresas concessionárias.

7 — INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO

Depois, tratando-se de concessão de serviço público, toda arguição de direito adquirido é impertinente. Neste setor, a proteção da lei há que ser sempre favorável à amplitude de competência do poder público para modificação do regime existente. Fundado em autores estrangeiros e nacionais, inclusive LAFAYETTE, doutrinou BENTO DE FARIA ⁽⁶⁾ que "as leis constitucionais, políticas e administrativas não são subordinadas à regra da irretroatividade". "Os direitos que tais leis possam reconhecer aos cidadãos — ajuntou — são sempre subordinados às exigências da vida da coletividade e, por isso, não de ficar sujeitos às modificações reclamadas pela sua presumida conveniência. É esse o alicerce da afirmação consagrada de não ser lícito pretender direitos, como irrevogavelmente adquiridos, contra a ordem pública."

E no caso a controvérsia cede à clareza do preceito constitucional, que, ordenando o efeito retroativo, proclamou, sem dúvida, e de modo incontestável, a inexistência ou a insubsistência de direitos adquiridos. "A Constituição é rasoura que recorta o direito anterior, para que só subsista o que é compatível com a nova estrutura e as novas regras constitucionais." ⁽⁷⁾

Tanto mais indeclinável é o alcance do art. 151 quanto se verificar que, no assunto, a Constituição de 1946 não se restringiu a reproduzir a norma da Carta de 1934. Esta se limitou a prescrever que "a lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a

justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços." (art. 137.) Ampliando o contexto do art. 151 para estipular que "a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos" e se aplicará às concessões feitas no regime anterior, o constituinte de 1946 manifestou, expressamente, o propósito de alterar a situação jurídica preexistente. E o fez em forma condizente com o interesse geral, que não se harmoniza com a cristalização de privilégios, sobretudo no domínio econômico. Como assinala, com propriedade, GUILLERMO BORDA (8), "há contradição lógica irreduzível entre o desígnio de proteger todos os direitos adquiridos e a necessidade de tornar possível o progresso jurídico por meio da reforma legislativa — pois toda reforma significa atingir direitos adquiridos." Quando a reforma não alcança nem altera ou suprime direitos adquiridos destitui-se da força inovadora que rasga horizontes para o corpo social.

O constituinte brasileiro, corrigindo, no capítulo da ordem econômica e social, o excesso do princípio da irretroatividade, introduzido no capítulo dos direitos e das garantias individuais, assegurou a revisão dos interesses anteriormente protegidos, ou reivindicados.

8 — RETROATIVIDADE NECESSÁRIA

Mas o poder de modificar essa situação poderia ser deduzido da natureza do regime de concessões, se a Constituição não fosse explícita. O interesse social que a concessão envolve autorizaria o uso dessa prerrogativa, sem violência, nem desrespeito, sequer, ao pensamento conservador e limitativo da retroatividade. É o que se extrai da advertência insuspeita de ROUBIER (8): "Certes, nous pensons que le principe de non-rétroactivité de la loi est au plus haut degré un principe bienfaisant; nous croyons aussi que les dérogations à ce principe doivent être strictement exceptionnelles; mais, en matière sociale, il est toujours vrai de dire: pas de règle sans exception; c'est à bon droit que nos auteurs ont admis qu'il pouvait y avoir des cas, dans lesquels le législateur pourrait faire fléchir la règle." E as hipóteses enunciadas pelo autor indicam quanto podem multiplicar-se os casos de retroatividade necessária.

9 — CONCLUSÃO

É legítimo concluir, portanto, que o disposto no art. 151, e seu parágrafo, da Constituição, sobre ser conveniente e compatível com a boa doutrina, sugere desdobramento, que o legislador pode disciplinar, a bem do interesse geral.

NOTAS

- (1) JOÃO MANGABEIRA — "Em Torno da Constituição" — Comp. Edit. Nac., 1934 — págs. 151 e 158.
- (2) RUI BARBOSA — "Trabalhos Jurídicos — Obras Seletas, XI" — Casa de Rui Barbosa, 1962 — págs. 318/319 e 331/332.
- (3) PONTES DE MIRANDA — "Comentários à Constituição de 1946" — Liv. Bof. — Vol. IV, págs. 30/31.
- (4) TEMISTOCLES CAVALCANTI — "A Constituição Federal Comentada" — 2.ª ed., 1952 — Vol. III, pág. 326.
- (5) In FRANK — "Cases on the Constitution" — New York, 1951, págs. 21/26.
- (6) BENTO DE FARIA — "Aplicação e Retroatividade da Lei" — Rio, 1934, págs. 25/28.
- (7) PONTES DE MIRANDA — Ob. e vol. cit., pág. 19.
- (8) GUILLERMO A. BORDA — "Retroactividad de la Ley y Derechos Adquiridos" — Buenos Aires — Edit. Perrot, 1951, pág. 10.
- (9) PAUL ROUBIER — "Le Droit Transitoire" — Dalloz et Sirey, 2.ª ed., pág. 273.