

---

## INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2035 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

---

*Cláudio Ferreira Pazini\**

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O art. 2.035 do Código Civil brasileiro. 3 O art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição. 3.1 Direito adquirido. 3.2 Ato jurídico perfeito. 3.3 Coisa julgada. 4 Confrontação entre os arts. 2.035 do Código Civil e 5º, XXXVI, da Constituição. 5 Regras de calibragem. 6 Conclusão.

**Resumo:** O presente estudo de Direito intertemporal, elaborado com recurso ao método dedutivo, aborda tema relacionado ao Direito Civil e ao Direito Constitucional. É analisada a possibilidade de incidência de lei superveniente sobre relações jurídicas privadas já estabelecidas antes de sua entrada em vigor. É interpretado o art. 2.035 do Código Civil confrontando-o com o art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição. O estudo visa propor uma reflexão sobre a antítese entre a evolução do Direito e a tutela da segurança jurídica nas relações privadas concluindo pela inconstitucionalidade do referido dispositivo do diploma civilista.

**Palavras-chave:** Art. 5º, inc. XXXVI. Art. 2.035. Direito adquirido. Ato jurídico perfeito. Coisa julgada. Segurança jurídica.

---

\* Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Mestre e Doutorando em Direito das Relações Sociais – subárea de Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP. Professor de Direito Civil na Universidade Federal de Uberlândia. UFU. Autor de publicações jurídicas.

## 1 Introdução

A efemeridade dos ordenamentos jurídicos é fenômeno presente em todo o mundo. Os Estados, de tempos em tempos, deparam-se com a necessidade de substituir suas normas jurídicas vigentes por outras. O surgimento de uma nova ordem normativa em substituição a outra geralmente decorre das transformações que ocorrem na sociedade, transformações essas dos mais variados aspectos: culturais, tecnológicos, políticos, econômicos etc. A mudança de objetivos do poder político muitas vezes também enseja a entrada em vigor de uma nova ordem, por exemplo, um governo que, de totalitário, passa a buscar a defesa de ideais democráticos, da liberdade e da igualdade. Enfim, cada Estado tem seus motivos peculiares que ensejam a inserção de novas ordens normativas e também é peculiar a cada Estado a oportunidade dessa inserção.

Os Estados, em que se opera a substituição de uma ordem jurídica por outra, têm em comum o problema do direito intertemporal. Há relações iniciadas durante a vigência da legislação anterior que se protraem no tempo, perdurando após a entrada em vigor da nova ordem jurídica. O problema é decidir qual ordem jurídica irá regulamentar essas relações. Um argumento em favor da ultra-atividade da lei anterior é a necessidade de dar segurança jurídica aos partícipes das relações jurídicas para que eles não tenham suas legítimas expectativas garantidas por essa lei, frustradas pela entrada em vigor da lei nova. Como argumento contrário, não se pode olvidar o intuito renovador da lei nova, pois normalmente é condizente com os novos anseios da sociedade em que vige e busca uma necessária ou desejada transformação.

## 2 O art. 2.035 do Código Civil brasileiro

As normas de direito intertemporal têm sido objeto de constantes debates doutrinários. A transição de uma ordem jurídica para outra – estamos falando da entrada em vigor do Código Civil de 2002 e conseqüente revogação do diploma de 1916 – implica o problema de determinar qual delas regerá as relações jurídicas iniciadas antes dessa transição. Obviamente, estamos nos referindo a situações iniciadas na vigência da lei anterior, mas que terão efeitos produzidos após a entrada em vigor da lei posterior. A lei anterior regerá as relações iniciadas em sua vigência? Ou será a lei posterior, vez que seus efeitos serão produzidos durante sua vigência?

De fato, há relações jurídicas que não se esgotam em um instante. É verdade que, de um lado, temos relações que produzem efeitos imediatos, como os contratos de compra e venda com pagamento à vista, de doação pura e simples etc. São as relações jurídicas de execução imediata. Porém, de outro lado, temos aquelas relações que produzem efeitos sucessivamente, isto é, efeitos produzidos ao longo do tempo e não em um único instante. São de execução continuada, ou de execução diferida, ou de trato sucessivo, a eficácia que perdura no tempo, por exemplo, o contrato de locação. Há uma ou mais prestações, de uma ou de ambas as partes, previstas para ocorrer em momento posterior ao estabelecimento da relação jurídica (ainda que alguma prestação seja prevista para ocorrer imediatamente, por exemplo, um contrato de compra e venda com pagamento em parcelas, sendo uma delas à vista).

Tratando-se dessas relações de execução diferida, surge o referido problema de indicar qual lei as regerá: a lei da época em que se estabeleceu a relação ou a da época de produção de seus efeitos.

A questão é de extrema relevância em razão das inúmeras implicações práticas que a resposta a essas indagações produzirá.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 293-294b) bem exemplificaram essas implicações: contrato celebrado à época do Código Civil de 1916 por menor com 18 anos, sem a devida assistência, deixaria de ser anulável com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, vez que este determinou que a menoridade cessa aos 18 anos? Na vigência do diploma de 1916, a simulação era causa de anulabilidade do negócio jurídico e, após a entrada em vigor do atual Código Civil, tornou-se causa de nulidade absoluta, passando a dar ao juiz poderes de a declarar *ex officio*. Em caso de simulação praticada à época do código anterior, após a entrada em vigor do atual diploma civilista, deve ser aplicada a regulamentação deste, com conseqüente possibilidade de declaração de nulidade *ex officio* pelo juiz? Por fim, questionam se as normas referentes à teoria da imprevisão (arts. 478 a 480) e à desconsideração da pessoa jurídica (art. 50), ausentes no Código Civil de 1916, seriam aplicáveis aos contratos celebrados à época deste.

Bem se pode perceber, pelos exemplos mencionados, a importância da decisão que indicará qual o regramento aplicável às relações jurídicas, iniciadas à época do Código Civil de 1916, cuja eficácia se prolonga para após a entrada em vigor do atual código.

O art. 2.035, do Código Civil brasileiro, enuncia:

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.

Vê-se que o legislador de 2002 fez opção intermediária entre a aplicação da lei anterior e a da lei nova. De acordo com o art. 2.035, do atual diploma civil, no que diz respeito à *validade* dos negócios (e demais atos jurídicos) constituídos antes de sua entrada em vigor, aplicar-se-á a lei anterior. Já com relação aos *efeitos*, ainda segundo o art. 2.035, dever-se-á aplicar a lei nova se eles tiverem que se efetivar já na vigência dela. Assim, optou o legislador por dar tratamento legal distinto aos planos de validade e de eficácia dos negócios jurídicos.

Exemplificando hipoteticamente: suponhamos um contrato de locação celebrado à época de vigência da lei de locações X. Esta previa o direito do locador de extinguir a relação locatícia sem qualquer justificativa (denúncia vazia, ou rescisão unilateral). Posteriormente à celebração do referido contrato de locação, entra em vigor a lei de locações Y, determinando não ser mais atribuído ao locador o direito de promover a rescisão unilateral, de modo que ele passa a poder denunciar o contrato somente em determinadas hipóteses, ou seja, denúncia *cheia*, ou, simplesmente, rescisão motivada (por exemplo, para uso próprio).

Considerar que a lei anterior só deve reger o negócio jurídico no que diz respeito à sua validade implica concluir que, se a lei nova impõe novos requisitos de validade ao negócio jurídico (por exemplo, a celebração por escritura pública), tal exigência não pode atingir o contrato celebrado na vigência da lei anterior. Assim, se o contrato respeitou os requisitos de validade, impostos pela lei vigente, quando de sua celebração, a inserção de novos requisitos pela lei nova não afetará sua validade. Por exemplo, se, quando da celebração do contrato de locação, a lei não exigia para este a forma escrita e a lei nova é que passou a exigi-la, tal contrato continua válido após a entrada em vigor desta, mesmo se feito verbalmente. Ou seja, não cabe à lei nova impor novos requisitos de validade aos negócios jurídicos celebrados antes de sua vigência. No que diz respeito aos requisitos de validade, aplica-se a lei vigente à época da celebração do negócio jurídico.

Já com relação aos efeitos do negócio jurídico, segundo o art. 2.035, não se pode afirmar que a lei nova não regule os negócios celebrados antes de sua vigência, como acontece com relação aos requisitos de validade. Os efeitos do negócio jurídico são os direitos e obrigações que ele gera para as partes. Se esses efeitos não são produzidos imediatamente, mas em momento posterior à negociação (relações jurídicas de execução diferida), será a lei vigente nesse momento que os irá regular.

No exemplo apontado, um dos efeitos do contrato é o direito que tem o locador de fazer a denúncia vazia. Determinar que a lei nova passará a regulamentar os efeitos da locação subtrairá do locador tal prerrogativa porque ela é, como explicado, efeito do contrato.

Em síntese, de acordo com o art. 2.035 do Código Civil, a lei nova será aplicada aos negócios jurídicos celebrados antes de sua entrada em vigor, mas somente quanto à regulamentação dos efeitos a serem produzidos a partir do início de sua vigência e não quanto a seus requisitos de validade.

### **3 O art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição**

Como indicado introdutoriamente, dar segurança jurídica aos partícipes das mais variadas relações jurídicas é preocupação que não deve ser olvidada em qualquer ordem jurídica. A preservação dos direitos subjetivos deve ser preocupação constante do legislador na sucessão de leis no tempo. As legítimas expectativas<sup>1</sup> dos titulares das relações jurídicas não podem ser frustradas pela entrada em vigor de uma nova ordem normativa. Se essas expectativas surgiram legitimamente, de forma válida, devem ser tuteladas, ainda na superveniência de uma nova ordem jurídica que não as contemple.

Conforme Jorge Reinaldo Vanossi (1982, p. 30), a segurança jurídica é o conjunto de condições que permitem às pessoas conhecer antecipadamente as consequências de seus atos e fatos à luz da liberdade reconhecida. Explica José Afonso da Silva (2003, p. 431) que “Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída”.

É indispensável para o ser humano ter condição de prever com o que poderá contar para atingir seus objetivos pessoais. Isto é, todo indivíduo deve conhecer os direitos com os quais poderá contar no futuro para

1 Não estamos falando de meras *expectativas de direito*, mas da expectativa de que os direitos subjetivos *já existentes* sejam respeitados após a entrada em vigor da nova lei, que não os contemple.

promover suas realizações.

As leis são feitas para vigorar no futuro, por tempo indefinido, até que outra lei as revogue, salvo as de vigência temporária ou condicionada. Sendo assim, é natural que os indivíduos orientem suas ações baseados na atual ordem jurídica e não na futura, mesmo porque, esta é desconhecida. Dessa forma, a lei nova não pode “pegar de surpresa” seu destinatário, subtraindo-lhe direitos que já haviam sido por ele incorporados.

No intuito de impedir que a lei nova suprima prerrogativas já adquiridas pelos indivíduos à época da lei anterior, a Constituição de 1988 enunciou em seu art. 5º, inc. XXXVI: *A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*. Trata-se de norma de direito intertemporal que impede que situações jurídicas já consolidadas, que conferem direitos subjetivos, sejam afetadas pelo surgimento de lei (infraconstitucional) nova.

A doutrina tem explicado que o referido dispositivo da Carta traz norma dirigida ao legislador. Nesse sentido, Antônio Jeová Santos (2004, p. 56) observa que “É de clareza solar o ‘puxão de orelhas’ no legislador. Quando a Constituição traz como dicção ‘a lei não prejudicará’, a regra é ditada ao legislador”.

Entretanto, algumas considerações devem ser feitas. Quando se afirma que *a lei* não prejudicará as situações jurídicas já consolidadas (o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada), não se está determinando que a nova produção legislativa seja coerente com a anterior. Apenas se veda que a lei nova tenha efeito retrooperante que prejudique as situações jurídicas já consolidadas. A possibilidade de edição de novas normas dissonantes ou até contrárias às já existentes é necessária para que o Direito evolua, adaptando-se a cada época e promovendo as transformações sociais desejadas. Destarte, não se pense que o legislador estará vinculado à ordem infraconstitucional em vigor, não podendo criar normas que a afrontem. Não é isso que se deve abstrair do comando contido no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição. Quando se afirma que a lei não prejudicará as situações jurídicas já consolidadas, o que se deve entender é que a *aplicação* da lei não as poderá prejudicar, ou seja, que a lei nova não pode ser aplicada a casos anteriores afetando direitos já adquiridos sob a égide da lei anterior.

Para melhor esclarecimento, voltemos ao exemplo da locação. Suponhamos que a lei que regula os contratos de locação preveja a possibilidade de denúncia vazia pelo locador. A Constituição determinar que a lei não prejudicará as situações jurídicas já consolidadas não impede

que lei nova exclua a possibilidade de o locador promover a denúncia vazia. Dessa forma, a lei nova pode excluir tal possibilidade. Contudo, o aplicador da norma não a poderá aplicar a casos ocorridos na vigência da lei anterior. Portanto, podemos concluir que o referido dispositivo constitucional não vincula o legislador à ordem infraconstitucional vigente. O comando dirige-se ao aplicador da norma e o impede de aplicá-la a casos anteriores em detrimento do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Em nenhum momento o legislador infraconstitucional estará vinculado à ordem jurídica vigente (exceto, é claro, à Constituição), podendo editar as leis que bem entender para promover a transformação do Direito. É o aplicador da nova lei que só a poderá aplicar aos casos posteriores ao início de sua vigência, evitando aplicá-la a casos anteriores em prejuízo das situações jurídicas já consolidadas.

E se o próprio legislador infraconstitucional insiste em declarar que a lei nova será aplicada aos casos anteriores à sua vigência – como é o caso do art. 2.035 do Código Civil – o aplicador da norma deverá desprezar tal comando, em atenção à tutela do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Deveras, o que se veda ao legislador é a edição de leis com caráter retrooperante que afetem as situações jurídicas constitucionalmente imunizadas.

Em síntese, temos que o art. 5º, XXXVI, da Constituição determina: a) ao legislador que não edite leis com caráter retrooperante que afetem direitos subjetivos surgidos à época de lei anterior; b) ao magistrado que não aplique a lei nova a casos anteriores à sua vigência de modo a prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada.

### 3.1 Direito adquirido

O art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil define o direito adquirido: *Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.*

O direito adquirido é, pois, a prerrogativa surgida para um sujeito por meio de fato jurídico idôneo de acordo com a lei da época em que este ocorreu e que se encontra em condições jurídicas de ser exercida.

Não se confunde direito adquirido com expectativa de direito.

A expectativa de direito (*stricto sensu*)<sup>2</sup> consiste na esperança ou possibilidade de aquisição de um direito, isto é, de uma prerrogativa que ainda não pode ser exercida. Na expectativa de direito, a prerrogativa almejada é adquirida por uma sucessão de fatos jurídicos e não tão-somente por um fato isolado. A sequência de fatos tendente a proporcionar o direito ao sujeito já se iniciou, mas ainda não se completou. Tem-se como exemplo o direito à herança. Enquanto aquele de cuja sucessão se trata ainda não falece, seus herdeiros têm mera expectativa de direito. Observe-se que há, de fato, uma sequência de elementos necessários para que o direito à herança seja adquirido pelos sucessores: a) existência de parentesco, casamento ou união estável, que os coloque na ordem de vocação hereditária ou de testamento que os contemple, se for o caso; b) a morte do autor da herança. O primeiro requisito para a efetiva aquisição do direito já está preenchido, mas o segundo não é, portanto, há mera expectativa de direito. Nesse caso, como se trata de mera expectativa de direito, pode a lei nova impedir sua viabilização. Aproveitando o exemplo acima, pode uma lei nova alterar a ordem de vocação hereditária excluindo dela os referidos expectadores do direito à herança, de modo que deixarão de ter direito sobre ela. Nesse caso, a proteção constitucional ao direito adquirido não será aplicável, posto que se trata tão-somente de expectativa de direito.

Com relação ao direito adquirido, há autores que só admitem tal designação a partir do momento em que a lei nova surge alterando as bases normativas sobre as quais foi constituído (SILVA, 2003, p. 432-433). Explicando: durante a vigência de determinada lei, surge para um sujeito determinada prerrogativa. Nesse caso, o indivíduo teria *direito subjetivo* e não direito adquirido. Se surge lei nova inviabilizando o exercício de tal direito por seus destinatários, aqueles que já tinham a prerrogativa antes disso, isto é, que tinham

2 A expectativa de direito *stricto sensu*, isto é, propriamente dita no discurso jurídico, não se confunde com expectativa de direito no sentido leigo da expressão, pois nesta estão incluídas todas as situações em que o ser humano espera pela aquisição de um direito, por exemplo, quando um empregado espera que surja uma lei que lhe proporcione seis meses de férias por ano ou quando um sujeito espera que surja uma lei que permita o casamento com duas ou mais mulheres. São, de fato, expectativas de direitos, já que são situações em que o indivíduo aguarda o surgimento de um direito. Contudo, não há qualquer relevância jurídica nesses casos, nem mesmo para os efeitos do art. 130 do Código Civil. Já a expectativa de direito relevante para efeitos jurídicos é aquela em que um (ou alguns) dos fatos que integram a sequência apta a conferir o direito já aconteceu. Nesse caso, usamos a designação expectativa de direito *stricto sensu*.

o direito subjetivo, passam a ter direito adquirido. Destarte, segundo os adeptos dessa distinção, se a prerrogativa é exercida durante a vigência da lei sob a égide da qual foi concebida, tem-se o exercício de um direito subjetivo. Contudo, se a prerrogativa é exercida após a entrada em vigor da lei nova, que não mais a prevê, tem-se o exercício do direito adquirido, exercício esse assegurado pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988. Preferimos adotar classificação diversa, entendendo que o direito adquirido já existe mesmo enquanto a lei da época de seu surgimento ainda é vigente. Tal concepção parece-nos mais condizente com o disposto no art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

### 3.2 Ato jurídico perfeito

Conforme enuncia o art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, *Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou*. Numa primeira impressão, pode parecer que o ato jurídico perfeito se refere, conforme ressalta José Afonso da Silva (2003, p. 433-434), a uma situação consumada ou direito consumado, isto é, direito definitivamente exercido. Porém, explica que não se trata disso. O direito consumado, ou seja, exercido, também é protegido em nome da segurança jurídica. Se a prerrogativa a ser exercida é tutelada, com muito mais razão o será a prerrogativa já exercida. Contudo, o ato jurídico perfeito, referido no art. 5º, XXXVI, da Constituição, não se confunde com o direito já exercido, ou já consumado. “A diferença entre direito adquirido e ato jurídico perfeito está em que aquele emana diretamente da lei em favor de um titular, enquanto o segundo é negócio fundado na lei.”

O ato jurídico perfeito é aquele que, sob a égide de determinada lei, tornou-se apto a produzir seus efeitos, estando presentes todos os requisitos para tanto, de modo que nada mais é necessário ocorrer para que as prerrogativas outorgadas ao titular possam ser exercidas. Tem-se como exemplo um contrato de locação celebrado com respeito a todos os requisitos legais de validade. Os efeitos decorrentes desse contrato (direitos e obrigações oriundos do contrato) são preservados mesmo se a lei nova passe a regulamentar as locações não contemplando a produção de tais efeitos. Não só as prerrogativas que decorrem de lei (direito adquirido), mas também as decorrentes de declarações válidas de vontade (ato jurídico perfeito) são preservadas mesmo após a entrada em vigor de norma que não as contemple. Ambas são direitos subjetivos protegidos pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição.

### 3.3 Coisa julgada

Outra situação que não pode ser atingida pelo surgimento de lei nova é a coisa julgada. O art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil enuncia: *Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso*. Já o art. 467 do Código de Processo Civil prescreve: *Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*. Enquanto a LICC refere-se à *coisa julgada*, o CPC refere-se à *coisa julgada material*. É que há também a coisa julgada *formal*. A coisa julgada material e a formal são graus distintos do mesmo fenômeno, pois ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 463). Enquanto a coisa julgada formal impede a alteração da decisão no mesmo processo, a material impede que as partes renovem a discussão objeto da demanda ainda que em outro processo. A coisa julgada apenas formal ocorre nos casos de sentenças que não incidem sobre o mérito da causa, isto é, sentenças *terminativas* (art. 267, CPC). Como regra geral, a questão pode ser objeto de outro processo (art. 268, CPC). Já a coisa julgada material ocorre quando há resolução de mérito, ou seja, em caso de sentenças *definitivas* (art. 269, CPC).

O art. 5º, XXXVI, da Constituição refere-se à coisa julgada material. A segurança jurídica que o dispositivo constitucional proporciona estaria comprometida se se permitisse que a extinta demanda com mérito já decidido fosse rediscutida em outros processos. Assim, a questão que foi decidida, não podendo ser rediscutida, seja no processo do qual foi objeto, seja em outro, não pode ser afetada por lei nova. Por exemplo, em ação de indenização por acidente de trânsito, o litigante condutor é condenado a indenizar sua vítima, já que estava dirigindo em velocidade acima da permitida por lei. Tal decisão condenatória faz coisa julgada material, pois decidiu o mérito da causa. Se surge lei nova aumentando o limite máximo de velocidade para acima da que dirigia o litigante condutor, tal fato não autoriza a rediscussão da demanda. Se a decisão já houver feito coisa julgada, o condutor considerado culpado por estar dirigindo em velocidade acima da permitida não deixará de sê-lo em razão da superveniência de lei que indique que a velocidade praticada passa a ser lícita. O litigante condutor não terá nova oportunidade de discutir sua culpa com base na lei nova.

Por fim, lembremos a lição de Frederico Marques (2000, p. 344) que distingue coisa julgada de coisa *soberanamente* julgada. A primeira refere-se à decisão que ainda pode ser revista em ação rescisória (art. 485, CPC), enquanto que a segunda se refere à decisão que não mais pode ser revista nem mesmo por meio da rescisória, seja porque o prazo para sua propositura já se expirou, seja porque foi julgada improcedente.

#### **4 Confrontação entre os arts. 2.035 do Código Civil e 5º, XXXVI, da Constituição**

Como visto, o art. 2.035 do Código Civil determinou que a validade dos negócios jurídicos obedeça à lei da época de sua celebração. Já com relação aos efeitos, isto é, aos direitos e obrigações produzidos pelo negócio jurídico, de acordo com o mesmo dispositivo, aplicar-se-á a lei nova nos casos em que eles devam se verificar durante a vigência desta.

No que diz respeito à validade do negócio jurídico, não vemos qualquer problema com a regulamentação do art. 2.035. Contudo, quer-nos parecer que, na parte referente aos efeitos do negócio jurídico, o referido dispositivo não respeita o comando contido no art. 5º, XXXVI, da Constituição. Com grande respeito pelas opiniões divergentes, especialmente pelo intuito que têm elas de garantir os efeitos da nova ordem legal que se instaura, mais justa e solidária, parece-nos que há, de fato, uma inconstitucionalidade parcial no art. 2.035 do diploma civil.

A tutela constitucional da segurança jurídica indica a necessidade de proteger não apenas a validade dos negócios jurídicos, mas também seus efeitos. Afinal de contas, o intuito ordinário dos partícipes, ao estabelecerem relações jurídicas, não é de que elas sejam válidas, mas de que produzam os efeitos desejados. A validade é desejada apenas para que haja a produção desses efeitos. Portanto, não faz sentido assegurar apenas a validade das negociações e não seus efeitos. E os efeitos que devem ser assegurados não são apenas aqueles a serem produzidos durante a vigência da lei da época em que ocorreu a negociação, mas também os que serão produzidos após a revogação dessa lei.

O intuito do legislador constituinte foi evitar que os destinatários da norma fossem “pegos de surpresa” pela entrada em vigor de lei nova que inviabilizasse suas legítimas pretensões garantidas pela lei vigente à época da celebração de seus negócios. Ora, para que haja segurança jurídica, não basta assegurar aos indivíduos que seus negócios jurídicos continuem sendo considerados válidos após a entrada em vigor de lei nova.

É indispensável que os efeitos almejados com a realização do negócio não sejam afetados pela superveniência de lei. Deveras, só há segurança jurídica quando os titulares das relações jurídicas podem saber quais são os efeitos que elas irão produzir sobre eles. Voltemos ao exemplo citado, do contrato de locação (item 1). Se, na vigência da lei velha, o locador tinha o direito de promover a denúncia vazia, em nome da segurança jurídica, não pode essa prerrogativa desaparecer por força de lei nova. Até porque é possível que a celebração do contrato pelo locador pode só ter ocorrido em razão da possibilidade de promover a rescisão unilateral. Se tal prerrogativa pudesse ser afastada por lei nova, talvez o locador nem celebrasse o contrato.

Insistimos: os titulares das relações jurídicas têm o direito de saber quais são os efeitos que os negócios jurídicos lhes proporcionarão. Não basta conhecer apenas os efeitos verificáveis durante a vigência da lei da época de celebração do negócio jurídico. É mister que se possa conhecer os efeitos futuros das negociações, diga-se, os efeitos que irão se verificar após a superveniência da lei nova. Do contrário, haveria apenas uma *meia segurança jurídica*.

Ademais, é de reparar-se que o art. 5º, XXXVI, da Constituição não faz qualquer distinção entre a preservação da validade das situações que geram direitos e a preservação dos efeitos dessas situações. Desse modo, o dispositivo constitucional não determina tão-somente o respeito à validade dos negócios jurídicos, mas também aos efeitos. E, no que diz respeito a esses efeitos, também não há distinção entre os verificáveis durante a vigência da lei em que foram constituídos ou após o surgimento de lei nova. Não cabe ao intérprete fazer distinção se a Constituição não a fez, nem mesmo implicitamente.

É bem verdade que, como dito, o novo diploma civilista é mais justo e solidário que o de 1916. A codificação de Beviláqua foi profundamente marcada pelo individualismo, pela proteção da propriedade egoísta. Divorciando-se desse intuito, o Código Civil atual estabelece a socialização da propriedade e do contrato (função social da propriedade e função social do contrato) regulamentando tais institutos com vistas ao bem-estar da coletividade como um todo e não somente aos interesses dos proprietários e negociantes. Visa-se a dar, dessa forma, efetividade ao comando constitucional contido no art. 3º, inc. I, da Carta, que indica como objetivo da República Federativa do Brasil a promoção de uma sociedade livre, justa e *solidária*.

Carlos Alberto Ferriani (2008, p. 6) comenta a antítese entre a

segurança jurídica e a evolução do Direito:

[...] a segurança constitui um fim do direito [...] São exemplos, dentre outros, de realização do ideal de segurança jurídica [...] consagração do princípio da não-retroatividade da lei e respeito ao ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada. Não obstante esse ideal de segurança, nota-se cada vez mais freqüente e crescente a perda desse bem, em prol da realização da justiça e do bem comum.

Contudo, conforme observa Antônio Jeová Santos (2004, p. 60),

Por mais que a lei nova surja como apanágio da evolução, de adaptação dos costumes e comportamentos, não se pode, em nome da coerência com a situação atual em que se vive, editar ou interpretar leis dando-lhes efeito retrooperante. [...] Não pode haver a idéia de trepidação, de que o temor por eventual mudança de situação já concretizada torne o ser humano medroso e o impeça de realizar negócios por temor de alteração no futuro.

O argumento de que a irretroatividade enseja o imobilismo do Direito não parece proceder. Isso porque, se o direito foi adquirido, se o ato jurídico se aperfeiçoou ou se o caso já foi definitivamente julgado, estamos diante de uma situação jurídica consolidada de acordo com o Direito de sua época e, portanto, sem anacronismo, mas, pelo contrário, de forma presumidamente coerente com as circunstâncias daquele momento.

Por outro lado, poder-se-ia argumentar que ao menos os efeitos do ato a serem produzidos após a superveniência de lei nova seriam, sim, anacrônicos, vez que estariam em desconformidade com essa nova ordem que entra em vigor. Entretanto, se essa protração de efeitos para o futuro não é desejada ou se houver receio de que isso não seja conveniente, basta prevê-los de forma limitada (por exemplo, celebrar de contrato de locação com previsão de revisão dos casos que autorizam a denúncia do contrato pelo proprietário em certo prazo). A não retroatividade e o respeito às situações jurídicas já consolidadas, pois, não constitui empecilho à evolução do Direito.

Se, de um lado, o Código Civil de 2002 visa a dar eficácia ao comando contido no art. 3º, inc. I, da Constituição, de outro, o próprio texto constitucional protege a segurança jurídica por meio da previsão contida no inc. XXXVI do art. 5º. Diante disso, pode-se abstrair da Carta de 1988 o intuito de promover mudanças na sociedade, tornando-a mais livre, justa e solidária, sem, contudo, prejudicar situações jurídicas já consolidadas em conformidade com o Direito. Parece-nos ser essa a correta conclusão a que se pode chegar da confrontação dos referidos dispositivos constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se favorável à tese da irretroatividade das leis que prejudicam o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Veja-se voto do Ministro Celso Mello (RE 201.176-2-RS):

Não constitui demasia enfatizar que, no sistema de Direito Constitucional positivo brasileiro, a eficácia retroativa das leis (a) é excepcional, (b) não se presume, (c) deve emanar de texto expresso de lei e – circunstância que se reveste de essencialidade inquestionável – (d) não deve nem pode gerar lesão ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada.

O ministro José Carlos Moreira Alves assim manifestou seu voto na ADin 493-0-DF: “Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado”.

Sobre a gradação da retroatividade das leis, em clássica obra, José Carlos de Mattos Peixoto (1948, p. 22-23) explicou:

Dá-se a retroatividade máxima (também chamada restitutória, porque em geral restitue as partes ao “statu quo ante”), quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados (transação, pagamento, prescrição). Tal é a decretal de Alexandre III que, em ódio à usura, mandou os credores restituírem os juros recebidos. À mesma categoria pertence a célebre lei francesa de 2 de novembro de 1793 (12 brumário do ano II), na parte em que anulou e mandou refazer as partilhas já julgadas, para os filhos naturais serem admitidos à herança dos pais, desde 14 de julho de 1789. A carta de 10 de novembro de 1937, art. 95, parágrafo único, previa a aplicação da retroatividade máxima, porquanto dava ao Parlamento a atribuição de rever decisões judiciais, sem excetuar as passadas em julgado, que declarassem inconstitucional uma lei.

A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela, exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e se aplicasse aos já vencidos mas não pagos.

Enfim a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor. Tal é, no direito romano, a lei de Justiniano (C. 4, 32, “de usuris”, 26, 2 e 27 pr.), que corroborando disposições legislativas anteriores, reduziu a taxa dos juros vencidos após a data da sua obrigatoriedade. Outro exemplo: o Decreto-Lei nº 22.626, de 7 de abril de 1933, que reduziu a taxa de juros e se aplicou, “a partir de sua data”, aos contratos existentes, inclusive aos ajuizados.

Há autores que entendem que a retroatividade mínima, em verdade, revela tão-somente aplicação imediata da lei e não retroatividade propriamente. Nesse sentido, encontramos lição de Planiol (1906, p. 95):

la loi est rétroactive quand elle revient sur le passé soit pour apprécier les “conditions de légalité d’un acte”, soit pour modifier ou supprimer les “effets d’un droit déjà réalisés”. Hors de là il n’y a pas de rétroactivité. Et la loi peut modifier les “effets futurs” de faits ou d’actes mêmes antérieurs, sans être rétroactive.<sup>3</sup>

Por outro lado, o ministro Moreira Alves, ainda em seu voto na ADin 493-0-DF, explica que a aplicação da lei nova a efeitos de atos praticados antes de sua entrada em vigor que se verificam após isso (retroatividade mínima) caracteriza, sim, retroatividade: “se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado”. Deveras, embora os efeitos devam se verificar após a entrada em vigor da lei nova, são eles consequência de um planejamento negocial anterior a ela. Assim, se a lei nova atinge tais efeitos, afeta os objetivos que no passado foram almejados pelas partes envolvidas na relação jurídica. Não pode, pois, a lei nova afetar as consequências, ainda que futuras, de um legítimo e válido planejamento negocial ocorrido anteriormente a ela, sob pena de frustrar os objetivos das partes envolvidas na relação jurídica, que agiram conforme o Direito, justamente o que o art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição visou a evitar.

Pode-se concluir, portanto, que a retroatividade, seja máxima, média ou mínima, é incompatível com a proteção constitucional das situações jurídicas consolidadas. Tal conclusão aplica-se, indistintamente, às leis de ordem pública e às dispositivas.

Contudo, esse entendimento passa longe de ser unânime, especialmente diante do disposto no art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil, que enuncia: *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, o dispositivo parece-nos eivado de inconstitucionalidade pelos mesmos motivos que o *caput* do mesmo artigo, ou seja, por violação das situações jurídicas já consolidadas, tuteladas pelo art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição. Deveras, o referido dispositivo constitucional não faz qualquer distinção entre normas de ordem pública ou dispositivas. Não cabe, portanto, à lei infraconstitucional restringir o alcance do comando contido na Constituição às leis dispositivas. O fato de uma norma

3 A lei é retroativa quando ela se volta para o passado, seja para apreciar as “condições de legalidade de um ato”, seja para modificar ou suprimir os “efeitos de um direito já realizados”. Fora daí, não há retroatividade, e a lei pode modificar os “efeitos futuros” de fatos ou atos anteriores, sem ser retroativa (tradução livre).

infraconstitucional ser de ordem pública não a faz se sobrepor a normas constitucionais. Assim, as convenções validamente celebradas terão todos os seus efeitos (pretéritos e futuros) preservados na superveniência de lei nova, seja esta lei de ordem pública ou não.

Nesse sentido, o STF já se manifestou, por exemplo, no já citado RE 201.176-2-RS, em que o Ministro Relator Celso Mello assim se posicionou:

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. Razões de Estado [...] não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública – que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política – não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade.

No mesmo sentido, também encontram-se inúmeras manifestações doutrinárias, a exemplo da lição de Humberto Theodoro Jr. (1993, p. 58):

Não há na Carta Magna dispositivo algum, no campo da intervenção econômica, que autorize o legislador, a pretexto de ordem pública, a ignorar os direitos fundamentais que a própria Constituição institui, para servir de base ao sistema normativo da nação.

## 5 Regras de calibragem

Nosso entendimento é no sentido de que o art. 2.035 do Código Civil é inconstitucional na parte que se refere aos efeitos dos negócios jurídicos pelos motivos já expostos. Portanto, trata-se de norma que não tem relação com a Constituição como norma de construção, tendo origem nela mesma. Ou seja, é uma norma que inaugura um sistema normativo paralelo ao da Constituição. Se um juiz a aplica do art. 2.035 a determinado caso concreto produzindo norma individual, esta pertencerá ao sistema daquela. As inconstitucionalidades indicam a existência de uma norma origem diversa da Constituição. A sentença proferida no exemplo acima é norma que está de acordo com um determinado sistema, que foi inaugurado no art. 2.035, mas não com o da Constituição.

Há quem sustente que a Constituição deve recepcionar as inconstitucionalidades mediante regras de calibragem. A primeira dessas regras indica que não se pode deixar de aplicar uma norma se ela é vigente e emanada de autoridade competente. É o caso do art. 2.035. Contudo, no ordenamento jurídico pátrio não cabe tal recomendação. O magistrado

pode deixar de aplicar a norma em razão de seu conteúdo inconstitucional, com base no controle de constitucionalidade difuso, não sendo necessária a declaração de inconstitucionalidade da lei.

Outra regra de calibragem refere-se à coisa julgada. A decisão da qual não caiba mais recurso nem ação rescisória não pode ser questionada, ainda que fundada em dispositivo inconstitucional. Tal inconstitucionalidade tem seu momento para ser arguida. Após a coisa soberanamente julgada, o caso não mais poderá ser rediscutido judicialmente. A própria Constituição protege a coisa julgada, ainda que de decisões inconstitucionais. Essa, sim, ao contrário da primeira, é regra de calibragem apta à validação das normas individuais (decisões judiciais) decorrentes do art. 2.035. Ou seja, as decisões judiciais determinando que a lei nova atinja os efeitos dos negócios celebrados antes de sua vigência e que tenham atingido o *status* de coisa soberanamente julgada serão consideradas válidas e pertencentes ao sistema da Constituição da Federal.

## 6 Conclusão

O intuito do legislador de 2002, ao editar o art. 2.035, foi garantir que, a partir da entrada em vigor do atual diploma civilista, os efeitos dos negócios jurídicos pretéritos se adequassem à nova ordem normativa que surgia. Trata-se de intuito louvável, vez que a nova disciplina é mais justa em relação ao regramento do Código Civil de 1916.

Entretanto, aqueles que realizaram negociações antes da entrada em vigor do atual código, fizeram-no na expectativa de que determinados efeitos fossem produzidos. O Código Civil de 2002 (ou qualquer outra lei) não pode frustrar essas expectativas se elas foram geradas de forma lícita, preenchendo todos os requisitos legais.

Apesar do referido intuito do legislador civilista ao editar o art. 2.035, a Constituição teve outra preocupação: a segurança jurídica. Diante do conflito que acreditamos existir entre os arts. 2.035 do Código Civil e art. 5º, inc. XXXVI, da CR/88, entendemos que, pelo critério da hierarquia das normas, este último deve prevalecer.

A lei infraconstitucional não pode se declarar aplicável a negócios já celebrados, mesmo em relação aos efeitos a serem produzidos após sua entrada em vigor. Se o legislador infraconstitucional ignorar tal instrução, editando norma com caráter retroperante em prejuízo das situações já consolidadas e constitucionalmente imunizadas, deve o magistrado, simplesmente, desprezar tal prescrição em atenção ao disposto no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição.

## The unconstitutionality of the 2.035th article of the Brazilian's civil code

**Abstract:** The present study of Intertemporal Law, prepared using the deductive method, discusses subject related to Civil Law and Constitutional Law. The possibility of supervening legislation's incidence over private juridical relations already established before it starts ruling is analyzed. The 2.035<sup>th</sup> article of Brazilians Civil Code is interpreted by confronting it with XXXVI item of 5<sup>th</sup> article of Brazilians Constitution. The study aims to propose a reflection about the antithesis between the laws evolution and the juridical security protection, concluding by the unconstitutionality of the referred article of Brazilians Civil Code.

**Keywords:** XXXVI item of 5<sup>th</sup> article. 2.035<sup>th</sup> article. Acquired right. Perfect juridical act. Judicial estoppels. Juridical security.

### REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

FERRIANI, Carlos Alberto. Noções Gerais de Direito e de Direito Privado. **Teoria geral do direito civil**. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. v. I: Parte Geral. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Novo curso de Direito Civil**. Contratos, tomo I: Teoria geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. IV.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. (Processo de Conhecimento). 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. v. III.

PEIXOTO, José Carlos Mattos. Limite temporal da lei. **Revista Jurídica da antiga Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil**. v. IX.

PLANIOL. **Traité élémentaire de Droit Civil**. v. I, nº 243, 4 ed., Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1906.

SANTOS. Antônio Jeová. **Direito intertemporal e o novo Código Civil**: aplicações da Lei 10.406/2002. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.

\_\_\_\_\_. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. **El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social**. Buenos Aires: Ed. Universitaria, 1982.

☰ Recebido: maio/2010. Aprovado: dezembro/2010