

## RELAÇÕES CONTRATUAIS E DIREITO INTERTEMPORAL: O ART. 2.035 DO CÓDIGO CIVIL E A PROTEÇÃO DO DIREITO ADQUIRIDO

Samir Namur\*

### RESUMO

O presente artigo enfoca a discussão doutrinária e jurisprudencial travada após a entrada em vigor do artigo 2.035 do Código Civil brasileiro de 2002. Partindo de uma análise das relações contratuais sob a ótica da metodologia do direito civil-constitucional, busca-se a revisão de alguns conceitos e postulados do direito intertemporal clássico, para afirmar a constitucionalidade e conveniência do artigo 2.035, bem como a ausência de violação do direito adquirido, que passa a ser visto de modo contextualizado, inserido e ponderado no ordenamento jurídico, em pé de igualdade com outras garantias e adstrito aos princípios constitucionais.

Palavras-chave: direito; civil; contrato; intertemporal; adquirido.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO; 2 EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO; 3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO INTERTEMPORAL; 4 O ARTIGO 2.035 DO CÓDIGO CIVIL: AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO; 5 UMA DECISÃO EXEMPLAR; 6 CONCLUSÃO; 7 REFERÊNCIAS.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho gira em torno da análise do artigo 2.035 do Código Civil de 2002,<sup>1</sup> regra de direito intertemporal que estabelece a aplicação da lei nova às

---

\* Mestrando em Direito Civil pela UERJ (Endereço eletrônico: [samirnamur@yahoo.com.br](mailto:samirnamur@yahoo.com.br))

<sup>1</sup> Artigo 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.

relações jurídicas travadas antes de sua vigência. Dispositivo legal fundamental para o estudo das relações contratuais na atualidade, tem provocado inúmeras discussões acerca de sua constitucionalidade devido a uma suposta violação da proteção do direito adquirido.

Por isso mesmo, antes de uma análise mais detida sobre o cerne do problema, ou seja, se há ou não afronta ao direito adquirido e, ainda, se há ou não direito adquirido, considerando uma noção contemporânea dessa categoria jurídica, é imperioso tratar dos planos de análise do negócio jurídico e de alguns fundamentos do direito intertemporal hoje em dia. Isso porque o *caput* do artigo 2.035 faz clara distinção entre eficácia e validade do negócio (e ato) jurídico, para concentrar aí o limiar de incidência da lei revogada e da lei revogadora. Por fim, permite-se o comentário de recente acórdão que aplica o artigo 2.035 exatamente da forma defendida na seqüência. Além disso, mostra-se extremamente pertinente a colação jurisprudencial, uma vez que, tendo em vista a recente promulgação do Código, são ainda raros os casos em que esse tema, nesses termos, chamou o Judiciário para se posicionar.

Como se depreende da própria leitura do texto legal, o *caput* do artigo 2.035 é o que traz a regra de direito intertemporal para delimitar a aplicação do novo Código, por isso mesmo é que será objeto principal da análise vindoura. Já o seu parágrafo único, que introduz disposição muito menos polêmica, não terá aqui muito espaço. Isso porque, ao dispor a preponderância da ordem pública e da funcionalização dos institutos em face das relações privadas, caminha no mesmo sentido de várias outras disposições do Código, bem como, principalmente, no mesmo sentido do texto constitucional, cuja interpretação sistemática (que claramente incide nas relações entre particulares) realmente impede que prevaleçam negócios que contrariem os seus princípios, tendo maior importância concreta a ordem social e econômica.

Interessante notar, entretanto, que a questão da incidência imediata de normas

---

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."

de ordem pública já teve espaço significativo nos debates doutrinários, especialmente por ocasião do Código de Defesa do Consumidor (que ensejou a discussão acerca da sua aplicabilidade às relações contratuais travadas anteriormente, tendo sido firmado o posicionamento no sentido afirmativo<sup>2</sup>).

## 2 EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

Sem embargo da rediscussão do papel do negócio jurídico em nosso ordenamento hoje, o que acarreta propriamente uma redescoberta do papel em que se situa a vontade, esse instituto fundamental para o direito civil é analisado em três planos distintos: existência, validade e eficácia. Com efeito, dissecar esses três aspectos é pressuposto para o desenvolvimento do tema aqui tratado, especialmente os dois últimos, cruciais para o entendimento da regra de direito intertemporal contida no artigo 2.035 do Código Civil atual.

Para definir esses três planos de análise, o direito civil se vale de três noções autônomas, com implicações inclusive gramaticais: os elementos, os requisitos e os fatores.<sup>3 4</sup> Assim, os elementos podem ser considerados como peças de uma engrenagem, ou seja, os componentes do negócio, as frações que compõem algo mais complexo. Já os requisitos são as qualidades que se exige dos elementos, entendidas como as condições, exigências que devem ser preenchidas para satisfazer certos fins. Por fim, os fatores correspondem a tudo aquilo que concorre para o resultado, no entanto sem dele fazer parte propriamente, ontologicamente.

Tradicionalmente, os elementos de existência dividem-se em essenciais,

---

<sup>2</sup> Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: \_\_\_\_\_ [coord.]. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 199-216.

<sup>3</sup> BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme à Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 213.

<sup>4</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 26-30.

naturais e acidentais.<sup>5</sup> Aqui não se cogita a invalidade ou a ineficácia, importando apenas a realidade de existência, o ser, ficando o olhar circunscrito a se saber se o suporte fático se compôs de maneira suficiente, dando ensejo à incidência.<sup>6</sup> Ainda que o Código Civil não mencione expressamente quais são os elementos de existência, ou melhor, não os mencione expressamente como elementos dessa categoria, não há dúvida de que o negócio precisa existir juridicamente para que, em momento posterior, venha produzir efeitos no plano concreto.<sup>7</sup>

Considerando isso, são essenciais para o negócio jurídico, ou seja, comuns em quaisquer de suas espécies, a declaração de vontade, o objeto e a forma, sendo discutível na doutrina se aí se incluiria o agente ou o sujeito.<sup>8</sup> Por sua vez, os elementos naturais seriam aqueles próprios de cada negócio, inseridos no ordenamento de maneira supletiva, em razão de sua natureza jurídica ou de sua estrutura normativa,<sup>9</sup> que podem ou não ser afastados pela vontade das partes. Por fim, os elementos acidentais são aqueles estabelecidos de maneira acessória, com o objetivo de interferir na eficácia do negócio, isto é, pelas partes no exercício da autonomia privada. São a condição, o termo e o encargo ou modo.

Adentrando na área que mais interessa para a análise do problema do artigo 2.035 do Código Civil, tem-se ainda a validade e a eficácia do negócio jurídico. Ao contrário do plano de existência, os requisitos de validade do negócio jurídico estão

---

<sup>5</sup> Dogmática essa que não permanece imune à críticas, como observamos em Francisco AMARAL (*Direito civil: introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 386): "*Critica-se, porém, tal classificação, própria da escolástica medieval, pela circunstância de que, desconhecendo os romanos a categoria do negócio jurídico, aceitando apenas determinadas figuras típicas, não poderiam usá-la a não ser para os atos que conheciam. Essa classificação não tem, assim, foros de generalidade, mas pode aceitar-se por sua simplicidade didática*".

<sup>6</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: (plano da existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

<sup>7</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 404.

<sup>8</sup> Nesse sentido, é de se subscrever a posição encontrada em Pietro PERLINGIERI (*Perfis de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 107): "*O sujeito não é elemento essencial para a existência da situação, podendo existir interesses – e, portanto, situações – que são tuteladas pelo ordenamento, apesar de não ter ainda um titular*".

<sup>9</sup> AZEVEDO, *op. cit.*, p. 35.

positivados no artigo 104 do Código Civil<sup>10</sup> (que quase se iguala ao disposto no artigo 82 do Código Civil de 1916). São eles, a capacidade do agente, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei.

Importante salientar desde já que a abstração nessa matéria, caracterizada pela compartimentalização e subdivisão de todos esses itens, tem a sua relevância para a dogmática estrita e para a explicação didática. No entanto, é imprescindível que seja feita uma reflexão acerca do dogma da vontade, considerando o negócio jurídico muito mais um meio concedido pelo ordenamento para a produção de efeitos jurídicos do que um ato de vontade.<sup>11</sup> Nesse mesmo sentido, ainda que brevemente, afigura-se inevitável não indicar igual e decorrente revisão no âmbito da autonomia privada, que definitivamente não mais é encarada como fonte de normas jurídicas, mas sim de relações jurídicas,<sup>12</sup> já que ao lado dos efeitos manifestados como queridos pelos sujeitos, há uma série de outras exigências feitas pelo ordenamento. Por isso mesmo é que o ato de autonomia privada não pode mais ser considerado um valor em si, mas apenas dentro de certos limites, que devem corresponder a um interesse digno de proteção por parte do ordenamento.<sup>13</sup>

Na seqüência, considerando que o negócio já existe e é válido, tem-se a produção de efeitos, o plano da eficácia, condicionado pela legislação aplicável e pela vontade das partes. Importa a sua definição, tendo em vista o artigo 2.035 do Código Civil, pois compreende justamente a seara em que a lei nova incidirá, ainda que a conformação do ato ou negócio jurídico tenha ocorrido antes de sua promulgação. Via de regra, em termos práticos e sentido estrito, observa-se a ineficácia de um negócio

---

<sup>10</sup> Artigo 104: "A validade do negócio jurídico requer:

I – agente capaz;

II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei."

<sup>11</sup> VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo [coord.]. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 189.

<sup>12</sup> AZEVEDO, *op. cit.*, p. 13.

<sup>13</sup> PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 279.

jurídico em razão de alguma causa originária ou superveniente<sup>14</sup> (desconsiderando a possibilidade de produção de efeitos do negócio inválido). Respectivamente, tem-se como exemplos principais no ordenamento a condição suspensiva (situação em que o negócio é válido e tem a sua eficácia pendente, já que para a sua plena eficácia é necessário que se implemente a condição, ocorrendo o mesmo no testamento válido em que o seu autor ainda está vivo) e o caso fortuito ou a força maior.<sup>15</sup> Além disso, será relativa a ineficácia nos casos de inoponibilidade (a pessoa determinada ou terceiros de modo geral).

Não resta dúvida, esse é tema recorrente principalmente no momento patológico do negócio jurídico, em que se identificará a sua inexistência ou invalidade. Faltando um dos elementos do negócio é ele reputado inexistente e a sua validade sequer é discutida, sendo em tese desnecessária a intervenção jurisdicional para que essa inexistência seja reconhecida. Entretanto, inclusive a doutrina mais tradicional aponta graves incorreções na teoria dos atos inexistentes, já que careceria de exatidão (uma vez que, em última análise, acaba demandando uma declaração judicial de inexistência), utilidade (já que poderia ser suprida pela teoria das nulidades) e conveniência (por privar as partes da garantia de defesa em juízo).<sup>16</sup>

Nada obstante, importa o tratamento do negócio existente mas inválido, em desconformidade com as exigências do ordenamento, pois a essa seara ainda será aplicável o Código Civil de 1916, em virtude do que dispõe a regra de transição do artigo 2.035 do Código de 2002. Sem embargo da possibilidade de produção de efeitos do negócio inválido (que é regulada pelo ordenamento, especialmente para proteger a boa-fé de terceiros), geralmente são eles nulos ou anuláveis, dependendo da gravidade da afronta legal, tendo em conta um interesse público ou um interesse particular, em razão do qual podem os anuláveis convalescer com o tempo, o que não é possibilitado aos nulos. Sem dúvida, esse é um campo em que o operador do direito deve estar

---

<sup>14</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 632.

<sup>15</sup> TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, *op. cit.*, p. 214.

<sup>16</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 291.

sempre atento para a preservação da utilidade econômica e social do negócio (princípio da conservação), sempre que o ordenamento permitir.

Considerando o exposto em linhas gerais, é importante salientar que os planos de análise do negócio jurídico são motivo de ampla discussão na doutrina. Todavia, como a pretensão é apenas de introduzir o tema do direito adquirido em face do direito intertemporal (ainda que trazendo uma definição clara de dois pontos fundamentais do artigo 2.035 do atual Código: validade e eficácia), encerra-se esse breve capítulo com uma pequena menção a uma acepção desse extenso debate, referente ao princípio da liberdade das formas.

A origem da liberdade formal como regra está na matriz liberalista de nosso direito codificado, que pretendia orbitar em torno das relações econômicas somente. Com efeito, uma prescrição menos liberal acerca da forma poderia ser inspirada no objetivo de garantia e promoção de interesses diversos, na mera liberdade genericamente considerada,<sup>17</sup> em prol, por exemplo, dos consumidores e cidadãos considerados singularmente. Bem por isso, caso se considere todo o ordenamento jurídico, complexo, hierarquizado e historicamente condicionado, é possível que se entenda que a norma que prevê a rigidez formal não é excepcional, apenas por contrapor-se àquela que prevê a liberdade como regra.<sup>18</sup> Isso porque a liberdade individual não pode mais ser reconhecida como valor único e absoluto, lado a lado ao contrato como mera categoria lógico-jurídica abstrata, capaz de apagar com qualquer nota de sociabilidade do fenômeno cultural.<sup>19</sup> Considerando isso, é preciso negar a liberdade contratual concebida como um direito fundamental isolado, para que seja ponderada, ao lado de outros princípios e, em concreto, limitada pelo juiz e pelo poder público.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 292.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 295.

<sup>19</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O contrato, hoje: funções e valores. In: AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [orgs.]. *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 111-113.

<sup>20</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 12-13.

### 3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO INTERTEMPORAL

Certamente a norma do artigo 2.035 do Código Civil, ao entrar em vigor e prever uma suposta retroatividade, foi de encontro ao que dispunha a corrente mais tradicionalista do direito intertemporal. Isso porque sempre se entendeu, com o amparo na tradição, que as obrigações e os contratos regem-se pela lei sob cujo império foram constituídos.<sup>21</sup> Dessa forma, seria a aplicação da norma posterior excepcional, mesmo que não houvesse previsão contratual a excluindo. Nesse sentido, era grande o peso concedido ao princípio da irretroatividade da lei, que impunha a necessidade de disposição legal expressa para que o efeito retro-operante fosse autorizado.<sup>22</sup> Portanto, prevalecia o entendimento de que a irretroatividade era a regra e a retroatividade a exceção, não sendo permitida a possibilidade de retroatividade tácita.<sup>23</sup>

Não obstante isso, ao longo do passado algumas correntes desenvolveram as principais teorias acerca do direito intertemporal e do conflito de leis no tempo. A corrente denominada "doutrina do estado do processo"<sup>24</sup> defendia que as leis novas deviam ser aplicáveis apenas aos processos novos, ao passo que as leis antigas aos processos antigos. Ou seja, o momento do início do processo judicial dirimiria o conflito entre as leis, apontando a lei aplicável. Logicamente, essa corrente adotava uma concepção extremamente reducionista do conflito, pois se concentrava apenas na questão patológica, além de permitir que casos idênticos recebessem tratamentos distintos.

Não obstante, surgiram outras duas correntes que, adaptadas aos dias atuais, ainda "disputam" a preferência da doutrina, no tocante ao direito intertemporal. A

---

<sup>21</sup> Nesse sentido: MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946.

<sup>22</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 438.

<sup>23</sup> MAXIMILIANO, *op. cit.*, p. 53.

<sup>24</sup> TOLOMEI, Carlos Young. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 70-71.



"doutrina do estado dos fatos jurídicos",<sup>25</sup> também chamada de objetivista, sem embargo do grande número de autores que a compunha e da diversidade da discussão que travou, teve o mérito de desenvolver a distinção entre fato pretérito e fato pendente. Ainda que reconhecesse que os efeitos produzidos antes da entrada em vigor da lei nova são intocáveis, afirmava, nas palavras de seu principal expoente (Planiol), que não haveria retroatividade quando a lei modificasse os efeitos futuros de fatos ou atos anteriores a ela.<sup>26</sup> De fato, restou o embate um tanto quanto polarizado, permanecendo do outro lado a "doutrina da teoria dos direitos adquiridos"<sup>27</sup> ou subjetivista, oriunda da Escola da Exegese e da Escola Histórica do Direito, no fim do século XIX, que defendia que a lei nova deveria respeitar os direitos adquiridos (que se contrapunham às meras expectativas de direito).

Tentando fugir um pouco do alcance da doutrina tradicional, imperioso delimitar a noção de alguns conceitos básicos do direito intertemporal, especialmente a retroatividade (diferenciando-a do efeito imediato da lei) e a ultratividade. Considerando isso, se está diante da retroatividade da lei quando ocorre a reavaliação de fatos passados, dando-lhes novas conseqüências, modificando os efeitos já produzidos. Isto é, a norma retroativa invade e altera o período de tempo anterior ao início de sua própria vigência.<sup>28</sup> Voltando um pouco ao tradicionalismo, a doutrina dividiu a retroatividade em três espécies, de acordo com a sua intensidade.<sup>29</sup> Na máxima, a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos já consumados (como a restituição dos juros já recebidos decretada por Alexandre III, em razão de seu ódio à usura). Na média, a lei nova atinge os efeitos pendentes do ato jurídico verificado antes dela (como a limitação dos juros aplicada a contratos já existentes, em que os juros são já exigíveis mas ainda não foram pagos). Finalmente, na mínima, a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a entrada em vigor (como

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 71-81.

<sup>26</sup> Exatamente da maneira inserida na regra de transição do artigo 2.035 do Código Civil.

<sup>27</sup> TOLOMEI, *op. cit.*, p. 81-86.

<sup>28</sup> CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: RT, 1995, p. 276.

<sup>29</sup> Classificação eternizada no célebre e multicitado acórdão relatado pelo Min. Moreira Alves, na ADIN 493-0/DF.

redução de juros aplicável aos contratos já existentes, mas apenas àqueles juros vencidos após a entrada em vigor).<sup>30</sup>

Já a ultratividade, em contrapartida, configura outra hipótese (de menos interesse para o problema que gira em torno do artigo 2.035 do Código Civil) e de mais fácil identificação, pois é caracterizada justamente pela incidência da lei em momento posterior ao período em que vigia, ou seja, quando já foi revogada, em decorrência de previsão da lei que a revogou. É exatamente o que ocorre com a previsão do artigo 2.028 do Código Civil atual,<sup>31</sup> que estabelece regra de transição para os prazos que foram alterados em relação ao Código Civil de 1916.

Dessa maneira, a pergunta fundamental, tendo em vista o direito intertemporal, diz respeito à disposição do artigo 2.035 configurar ou não efeito retroativo, quando dispõe que o Código de 2002 incidirá sobre os efeitos ainda não produzidos dos atos e negócios jurídicos. Certamente, o conceito fundamental para dirimir o tipo de efeito que caracteriza a aplicação da norma a um fato ocorrido antes de sua vigência, mas que, decididamente, continua a ocorrer durante a sua vigência, é o de "fato pendente". Como é possível imaginar, o fato pendente é aquele que se desenrola sobre o período de vigência de mais de um diploma legal.<sup>32</sup> A retroatividade, como acima delineado, aparece quando a lei nova regula de maneira diversa da anterior a parcela do fato pendente que não está sob sua vigência, ou seja, aquela parcela que já produziu os seus efeitos. Todavia, quando regula de maneira diversa o fato pendente sob sua vigência (hipótese do artigo 2.035 do Código Civil) há efeito imediato<sup>33</sup> (prospectivo ou retrospectivo para parte da doutrina, que assim denomina para diferenciar da nomenclatura do efeito imediato).

---

<sup>30</sup> PEIXOTO, Matos. Limite temporal da lei. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 37, 1995, p. 468.

<sup>31</sup> Artigo 2.028: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".

<sup>32</sup> TOLOMEI, *op. cit.*, p. 45.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 52.

#### 4 O ARTIGO 2.035 DO CÓDIGO CIVIL: AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO

Considerando o disposto na Constituição da República de 1988 (artigo 5º, XXXVI<sup>34</sup>) vigora o princípio da retroatividade mitigada, ou seja, a atividade legislativa pode retroagir desde que respeite o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Nesse sentido, facilmente se depreende que não se está a subscrever a posição de que há o princípio da irretroatividade como regra, superior à retroatividade, que seria a exceção. Da mesma forma, dispõe o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil,<sup>35</sup> que, contudo, vai além, trazendo os conceitos de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, operando clara restrição com relação à Constituição, uma vez que o ideal é que se tenha esses conceitos como resultado de uma ponderação de todos os valores (mutáveis) que compõem o ordenamento, ao invés de definições prontas e acabadas, apriorísticas.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, surge a regra de transição do artigo 2.035, prevendo a aplicação da lei nova aos efeitos ainda não consumados dos atos e negócios celebrados na vigência da lei velha. Facilmente enquadra-se a hipótese legal na categoria da retroatividade mínima. Isto porque se não está revendo os efeitos já produzidos, mas apenas aqueles que serão produzidos. Sem embargo, a doutrina acabou divergindo demasiadamente acerca da constitucionalidade do artigo 2.035, especialmente em razão de uma suposta quebra da previsibilidade daquilo que foi disposto no contrato, acarretando a violação da garantia constitucional do direito

---

<sup>34</sup> Artigo 5º, XXXVI: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

<sup>35</sup> Artigo 6º: "A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Parágrafo 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

Parágrafo 2º 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 preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Parágrafo 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não cabe recurso."

adquirido.

Desse modo, na solução apontada para o caso concreto acaba sempre pesando a segurança jurídica e a estabilidade, do lado da irretroatividade da lei nova, ou então o interesse público e da coletividade de rever um ato jurídico já conformado (mas com efeitos pendentes), do lado da retroatividade.

Não obstante, importante consignar que a Constituição da República não consagra a garantia ao direito adquirido de maneira absoluta, sacralizada ("barreira refratária ao legislador e a todas as novas aparições alvitadas pela sociedade"),<sup>36</sup> deslocada do contexto dos outros princípios e garantias. Da mesma forma, não parece adequado argumentar que o artigo 2.035 viola a segurança jurídica, principalmente a partir do momento em que se passa a entendê-la não mais como a mera proteção da estabilidade das relações patrimoniais, da autonomia privada isoladamente considerada, mas sim como a garantia de obediência aos valores precípuos do ordenamento, protegendo o sujeito em relação.

Por outro lado, há quem defenda com propriedade a inconstitucionalidade do artigo 2.035,<sup>37</sup> inspirado pelas concepções mais tradicionalistas do direito intertemporal e na supervalorização da autonomia privada. Nessa esteira, argumenta-se que os efeitos dos contratos devem estar protegidos da incidência da lei superveniente, para que não seja violada a garantia do ato jurídico perfeito.

Parece claro, no entanto, que não há direito adquirido aos efeitos futuros das situações jurídicas constituídas sob a égide de lei antiga, da mesma forma que não há violação ao ato jurídico perfeito a nova regulação aos fatos pendentes, bem como a hipótese do artigo 2.035 configura efeito imediato da lei e não retroatividade. É exatamente o que entende Gustavo Tepedino, ainda que tratando da ausência de direito adquirido com relação às conseqüências advindas de regime legal (planos

---

<sup>36</sup> TEPEDINO, Gustavo. O STF e a noção de direito adquirido. In: \_\_\_\_\_ [coord.]. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2. p. 392-394.

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado. Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3, p. 131-165.

monetários).<sup>38</sup>

Muito provavelmente, partindo do conceito de direito adquirido e da segurança jurídica, como uma ponderação dos valores do ordenamento, o argumento cabal para a constitucionalidade e por que não legitimidade da previsão legal tende a ser o da não imposição de um obstáculo para que a ciência jurídica se desenvolva e os dispositivos legais se adaptem à realidade, até porque talvez seja disso que se trata a edição de um "novo-velho" Código, de renovar e readaptar alguns dispositivos específicos, já que os valores (patrimonialistas) continuaram a prevalecer.

Essa linha de raciocínio é bem desenvolvida por Carlos Young Tolomei:<sup>39</sup> "Trata-se de valoração legislativa acerca do bem jurídico que deve prevalecer: o interesse atual, em nome do dinamismo social e das novas demandas presentes, ou a manutenção provisória de determinados interesses anteriores, em nome da segurança das relações".

E continua:

Tornar-se-ia praticamente impossível a erradicação de uma figura jurídica que se revelasse odiosa em face dos novos valores sociais, sobretudo se for levada em conta a impressionante (e antes impensável) velocidade com que mudam os comportamentos e as exigências político-econômico-sociais. Ou seja, no lugar de uma suposta preservação da segurança, em alguns casos induzir-se-ia a graves comoções sociais, o que poderia até conduzir, em situações extremas, a legítimos movimentos revolucionários, como única forma de se superar a estagnação jurídica, momento em que a última coisa a ser superada é justamente a segurança.

A princípio, quando se considera como postulado o paradigma do direito civil-constitucional, pode parecer de pouca importância a questão acerca da constitucionalidade e legitimidade de um dispositivo legal do Código Civil que estabelece uma regra de direito intertemporal, já que os valores constitucionais são

---

<sup>38</sup> TEPEDINO, Gustavo. A incidência imediata dos planos econômicos e a noção de direito adquirido. Reflexões sobre o art. 38 da Lei nº 8.880/94 (Plano Real). In: \_\_\_\_\_ [coord.] *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2. p. 213-240.

<sup>39</sup> <sup>39</sup> TOLOMEI, *op. cit.*, p. xx.

tidos como vértice do ordenamento e orientam a interpretação de todas as normas infraconstitucionais, sejam elas do Código Civil de 2002 ou de 1916. No entanto, nota-se a necessidade de tal regra de transição no Código para questões específicas, pontuais, que, inclusive, ainda foram pouco suscitadas nos tribunais, dada a recente promulgação do Código de 2002. Além da que se fará referência no capítulo seguinte, em decisão que em tudo corrobora o pensamento aqui defendido, a questão que inicialmente chamou a atenção da jurisprudência para a aplicação, em concreto, do artigo 2.035 foi a da mutabilidade do regime de bens dos casamentos celebrados na vigência da codificação anterior.

Em linhas gerais, a partir do que postulou o novo artigo 1.639, parágrafo 2º<sup>40</sup> do Código Civil, interpretado em conjunto com os artigos 2.039<sup>41</sup> e 2.035, entenderam, em última análise, doutrina<sup>42</sup> e jurisprudência,<sup>43</sup> que a disposição acerca do regime de bens e sua posterior mutabilidade, fazendo parte da autonomia privada dos cônjuges, estava contida no plano da eficácia do casamento e não da validade, sendo, portanto, permitida a mudança, inclusive para os casamentos celebrados na vigência do Código de 1916.

---

<sup>40</sup> Artigo 1.639, parágrafo 2º: "É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros".

<sup>41</sup> Artigo 2.039: "O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido".

<sup>42</sup> Nesse sentido, dentre tantos outros: DELGADO, Mário Luiz. Problemas de direito intertemporal: breves considerações sobre as disposições finais e transitórias do novo Código Civil brasileiro. In: \_\_\_\_; ALVES, Jones Figueirêdo [coords.]. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. p. 483-510 e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código Civil e legislação correlata da família*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

<sup>43</sup> Sem embargo das decisões dos tribunais e juízos comuns, é já pacífico o entendimento no STJ, como em: Recurso Especial 821807 (Rel. Min. Nancy Andrighi); Recurso Especial 730546 (Rel. Min. Jorge Scartezzini).

## 5 UMA DECISÃO EXEMPLAR

Uma vez que a prática ainda pouco contato teve com o artigo 2.035, dada a recém promulgação do Código Civil, cabe mencionar a outra hipótese (além da mutabilidade do regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código anterior) que efetivamente já foi questionada no Superior Tribunal de Justiça. Por isso, ainda que brevemente, é pertinente comentar a decisão no Recurso Especial 691.738/SC,<sup>44</sup> relatada pela Ministra Nancy Andrighi.

O acórdão em questão foi provido por maioria (em razão de questão processual), ainda que houvesse consenso entre todos os julgadores acerca do mérito. Nele, o entendimento foi o da aplicabilidade do artigo 1.488, *caput*, do Código Civil de 2002<sup>45</sup> a uma garantia hipotecária concedida na vigência do Código Civil de 1916. O dispositivo legal inovador permite que, uma vez fracionado o imóvel dado como garantia real, cada unidade autônoma responda pela dívida na proporção de seu valor, e não mais todo o terreno.

---

<sup>44</sup> Ementa: RECURSO ESPECIAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. IMPUGNAÇÃO EXCLUSIVAMENTE AOS DISPOSITIVOS DE DIREITO MATERIAL. POSSIBILIDADE. FRACIONAMENTO DE HIPOTECA. ART. 1488 DO CC/02. APLICABILIDADE AOS CONTRATOS EM CURSO. INTELIGÊNCIA DO ART. 2035 DO CC/02. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS.

- Se não há ofensa direta à legislação processual na decisão do Tribunal que revoga tutela antecipadamente concedida pelo Juízo de Primeiro Grau, é possível a interposição de Recurso Especial mencionando exclusivamente a violação dos dispositivos de direito material que deram fundamento à decisão..

- O art. 1488 do CC/02, que regula a possibilidade de fracionamento de hipoteca, consubstancia uma das hipóteses de materialização do princípio da função social dos contratos, aplicando-se, portanto, imediatamente às relações jurídicas em curso, nos termos do art.2035 do CC/02.

- Não cabe aplicar a multa do art. 538, § único, do CPC, nas hipóteses em que há omissão no acórdão recorrido, ainda que tal omissão não implique a nulidade do aresto.

- Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Publicado no Diário da Justiça de 26.09.2005. (grifou-se)

<sup>45</sup> Artigo 1.488, *caput*: "Se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito".

Com efeito, entendeu a relatora pela aplicação do artigo 1.488, *caput*, além, logicamente, da incidência do artigo 2.035 e parágrafo único. Isso porque a possibilidade ou não do fracionamento da garantia fazia parte do plano da eficácia do negócio jurídico, bem como, no caso concreto, era questão ligada diretamente à função social dos contratos, já que a construtora (que havia concedido inicialmente o terreno como garantia do pagamento do crédito recebido) já havia alienado vários imóveis, muitos inclusive já pagos por moradores (pessoas físicas), com suas respectivas adjudicações compulsórias decretadas pela justiça.

Considerando isso, destaca-se na decisão o extenso trecho a seguir, em seqüência que bem ilustra o raciocínio e argumentação da julgadora:

A inoponibilidade de um contrato aos terceiros que dele não participam é uma hipótese comumente associada, pela doutrina que se debruçou sobre o estudo dos negócios jurídicos sob o ângulo de sua existência, validade e eficácia, a uma limitação da eficácia do instrumento (confira-se, por todos, LUIZ ROLDÃO DE FREITAS FOMES, "O ato jurídico nos planos da existência, validade e eficácia" in Revista Forense, vol. 327, págs. 81 a 90, esp. pág. 87). Estamos, portanto, claramente no âmbito do *caput* do artigo 2.035 do Código Civil.

Tratando-se de uma questão relacionada à eficácia dos negócios jurídicos, bastaria o confronto entre o disposto nos arts. 1.488 e 2.035 do Novo Código para se concluir pela possibilidade da divisão do gravame hipotecário, porque os efeitos do contrato são expressamente regulados pela Lei Nova.

Todavia, é importante notar que essa conclusão não decorre unicamente da interpretação literal da lei. Ela se coaduna com todos os princípios que informam o Código Civil de 2002 e demonstra que seus dispositivos não estão estabelecidos de forma aleatória. Há, não apenas uma harmonia internamente no sistema, mas também uma perfeita adequação entre essa harmonia interna e o contexto histórico e social brasileiro.

O art. 1.488 do CC/02 consubstancia um dos exemplos de materialização do princípio da função social dos contratos, que foi introduzido pelo novo código. Com efeito, a idéia que está por trás dessa disposição é a de proteger terceiros que, de boa fé, adquirem imóveis cuja construção - ou loteamento - fora anteriormente financiada por instituição financeira mediante garantia hipotecária. Inúmeros são os casos em que esses terceiros, apesar de terem, rigorosamente, pago todas as prestações para a aquisição de imóvel - pagamentos esses, muitas vezes, feitos às custas de enorme esforço financeiro - são surpreendidos pela impossibilidade de transmissão da propriedade do bem em função da inadimplência da construtora perante o agente financeiro.



## 6 CONCLUSÃO

A conclusão proposta, coerente com o caminho percorrido nessas poucas páginas, não é apenas pela constitucionalidade do artigo 2.035 do Código Civil, promulgado em 2002. Mais que isso, a pretensão é de se posicionar pela conveniência da regra de transição introduzida pelo dispositivo legal, capaz de permitir que seja a nova lei aplicada aos efeitos pendentes dos atos e negócios celebrados antes de 2003.

Nesse mesmo diapasão é que se conclui, apoiando-se em uma teoria do direito intertemporal diversa daquela tradicional e em um conceito de direito adquirido mutante e inserido em pé de igualdade com os demais valores do ordenamento (e, portanto não mais absoluto), ponderado de acordo com os interesses concretamente sopesados, em que pese a lucidez da conclusão de que em nenhum momento os efeitos pendentes/futuros da relação contratual configuram direito adquirido,<sup>46</sup> até porque esses mesmos direitos não se incorporam no patrimônio de seu titular aprioristicamente.

Nada obstante, considerando o direito intertemporal como parte do ordenamento complexo e hierarquizado e a ausência de direito adquirido aos efeitos futuros da relação jurídica, entende-se também que não se trata a regra do artigo 2.035 de hipótese retroatividade da lei, mas sim, verdadeiramente, de seu efeito imediato, já que será ela aplicada sobre a parcela de tempo futura e não passada.

## 7 REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.

---

<sup>46</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 89.

ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado. Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: RT, 1995.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DELGADO, Mário Luiz. Problemas de direito intertemporal: breves considerações sobre as disposições finais e transitórias do novo Código Civil brasileiro. In: \_\_\_\_\_. ALVES, Jones Figueirêdo Alves [coords.]. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. p. 483-510.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: (plano da existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PEIXOTO, Matos. Limite temporal da lei. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 37, p. 466-480, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código Civil e legislação correlata da família*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O contrato, hoje: funções e valores. In: AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [orgs.]. *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 111-130.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

TEPEDINO, Gustavo. A incidência imediata dos planos econômicos e a noção de direito adquirido. Reflexões sobre o art. 38 da Lei nº 8.880/94 (Plano Real). In: \_\_\_\_\_. [coord.] *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 213-240.

**RELAÇÕES CONTRATUAIS E DIREITO INTERTEMPORAL: O ART. 2.035 DO CÓDIGO CIVIL E A PROTEÇÃO DO DIREITO ADQUIRIDO**

\_\_\_\_\_. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: \_\_\_\_\_ [coord.]. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 199-216.

\_\_\_\_\_; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme à Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. O STF e a noção de direito adquirido. In: \_\_\_\_\_ [coord.]. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 392-394.

TOLOMEI, Carlos Young. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo [coord.]. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 179-228.