

Confrontando o art. 2035 do Código Civil com a Constituição Federal.

Marcelo Telles Maciel Sampaio
Juiz de Direito do TJRJ
Ex-Defensor Público

Ementa: Importância das regras de Direito Intertemporal do Novo Código Civil. Destaque para a regra do art. 2035 do Código Civil. Regra consagradora da retroatividade mínima. Incompatibilidade com a Constituição Federal. Importância prática do tema. A posição do STF acerca do tema. Inconstitucionalidade do art. 2035 do Código Civil.

I. Introdução.

Conforme bem salientou em recente – e belíssima – palestra proferida na EMERJ o Prof. Édson Fachin, neste momento, em que, se vigora já o Novo Código, produz ainda seus efeitos, o Velho Código, a parte mais importante a ser compreendida, no âmbito do Código Civil de 2002, é provavelmente o Livro Complementar das Disposições Finais e Transitórias, que cuida das regras de Direito Intertemporal.

Com a atenção assim direcionada para o tema, logo se percebe, dentre tal conjunto de regras, a importância fundamental, pela vastidão de seu campo de aplicação, daquela insculpida no art. 2035 do Código Civil vigente, que será objeto de nossa análise.

II. O teor do art. 2035 do Código Civil vigente.

Vejamos o que dispõe a regra ora questionada, o art. 2035 do Código Civil:

“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. 2045, 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.”

A regra, como se vê, admite a chamada retroatividade mínima, ao admitir que os efeitos de atos anteriores sejam submetidos à regência da lei posterior.

A maior parte dos que se debruçam sobre o tema, eméritos civilistas, em geral, tecem amplos elogios à regra do art. 2035 do Código Novo.

De fato, dita regra, dentre outras virtudes, ostenta a da adoção expressa de posição legislativa acerca de antiga celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca da retroatividade das normas e seus limites, admitindo a retroatividade mínima, para subjugar à lei nova a eficácia dos atos anteriores.

Ademais, utilizou-se do critério há muito defendido por Pontes de Miranda, que discrimina os momentos de existência, validade e eficácia do ato jurídico.

Resta perquirir então se dita regra afigura compatível com a Constituição vigente, vale dizer, se merecerá ser aplicada na prática judicial.

III. Controvérsia sobre a validade da regra do art. 2035 do Código Civil vigente.

De início, no exame do tópico, convém trazer à baila exemplo prático dos problemas que poderão surgir na prática, a fim de que se posse identificar a importância do tema e perceber o conflito de princípios subjacente ao tema (segurança jurídica x justiça).

Neste diapasão, por exemplo, já se discute, quanto às convenções condominiais anteriores à vigência do Novo Código e a ele não adaptadas, se a multa por atraso será a da convenção anterior, que poderia chegar a 10%, ou se terá aplicação a limitação ao máximo de 2% prevista no art. 1336, § 1º, do Novo Código Civil .

Esta e outras questões práticas serão companheiras costumeiras dos aplicadores do Direito nos tempos correntes, até por quê, ante a novidade da Lei Civil vigorante, não se deu a sedimentação em torno de seu entendimento na doutrina e na jurisprudência.

A adoção, sem maiores discussões, do estatuído no art. 2035 do Código Civil levaria à conclusão da prevalência do limite trazido pela Lei Nova, no que toca ao exemplo citado.

Sem dúvida tal solução revela-se mais “justa” – e me desculpem pelo emprego deste termo, justificado por sua expressividade -, em prejuízo,

porém, da segurança jurídica e da vontade acertada livremente antes da lei nova, ou seja, da própria razão de ser do ato.

Não cabe entrar no mérito desta antiga, e provavelmente insolúvel, controvérsia entre os postulados da justiça e da segurança jurídica.

Na verdade, estes cânones, que freqüentemente se apresentam em conflito aparente, complementam-se, eis que, em última análise, não há, a rigor, justiça sem segurança, nem segurança jurídica útil, socialmente, sem justiça.

Portanto, assemelham-se tais postulados às pernas de um homem que, movendo-se sempre em separado e alternadamente, possibilitam, como resultado da presença e labor de cada qual, que se chegue ao objetivo visado.

De todo modo, feitas tais considerações *an passant*, não convém estender o tratamento deste ponto, pois, a rigor, a solução da questão tratada não depende disto.

Ao admitir a retroatividade mínima, como já se viu, o art. 2035 do Código Civil, pesar dos méritos que de fato possui, revela-se, ao nosso sentir, eivado de mácula insanável: a inconstitucionalidade.

Logo se nota, pela menção a atos “*constituídos antes da entrada em vigor deste Código*”, que a regra destina-se, por seu campo de aplicação, aos atos jurídicos perfeitos, vale dizer, aos atos devidamente constituídos, ainda que não consumados, quanto aos seus efeitos, sob a égide da Lei anterior.

Sucedem que a Constituição Federal, no seu art. 5º, XXXVI, estatui que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito.

A interpretação adequada a ser conferida a esta regra constitucional é aquela que estende sua proteção ao ato jurídico perfeito em todos os seus três momentos (existência ou formação, validade e eficácia).

Isto porquê, em primeiro lugar, a disposição constitucional é ampla, genérica e, no particular, não faz qualquer restrição, não podendo o legislador, de comum sabença, legislar restringindo onde a Constituição não o fez.

Ademais, tal regra constitucional, em sendo de natureza garantística, comporta interpretação ampla, pois, como há muito se sabe, “*benefica amplianda, odiosa restringenda*”.

De fato, a regra garantidora há de receber sempre a interpretação que confira, à proteção por ela veiculada, toda sua extensão, sob pena de ofensa ao princípio da efetividade, máxima de suma importância na interpretação constitucional.

Sobre a importância da efetividade na interpretação e na aplicação da Constituição, especialmente em seara de direito fundamental, como no caso em tela, incisiva é a lição abalizada de J. J. Gomes Canotilho :

“Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva pode ser formulado da seguinte maneira: **a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.** É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (**no caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.**)” - (in “Direito Constitucional”, p. 233, Coimbra).

Portanto, à norma de proteção contida no art. 5º, XXXVI, da Constituição, deve ser dada a interpretação efetiva, no sentido que a proteção estatuída contra a retroação da lei nova, em favor do ato jurídico perfeito, deve ter sob seu pálio não só os momentos de existência e validade, mas também o da eficácia do ato, rechaçando-se a possibilidade de retroatividade mínima.

O tema já foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, que chegou à mesma conclusão. *In litteris*:

“Os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As conseqüências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação em vigor no momento de sua pactuação. Os contratos – que se qualificam como atos jurídicos perfeitos (RT 547/215) – acham-se protegidos, em sua integralidade, inclusive quanto aos efeitos futuros, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República. Doutrina e precedentes. A incidência

imediate de lei nova sobre os efeitos futuros de um contrato preexistente, precisamente por afetar a própria causa geradora do ajuste negocial, reveste-se de caráter retroativo (retroatividade injusta de grau mínimo), achando-se desautorizada pela cláusula constitucional que tutela a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas. Precedentes.” – (STF, 2ª Turma, AI 292979ED/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19.12.2002, pg. 127, Ementário: vol. 2096-08. pg. 1746).

Tampouco cabe argumentar, por outro lado, que as leis de ordem pública admitiriam retroatividade, por sua própria natureza.

À uma, inexistente qualquer amparo legal, e muito menos constitucional, à esta tese e, embora se possa dizer que sua aplicação conduziria a resultados mais “justos”, poder-se-ia também replicar com a agressão à segurança jurídica resultante.

De todo modo, também neste tema já tomou posição o E. STF em desfavor da retroatividade:

“Sendo constitucional o princípio de que a lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, ele também se aplica às leis de ordem pública. De outra parte, se a cláusula relativa à rescisão com a perda de todas as quantias já pagas constava do contrato celebrado anteriormente ao Código de Defesa do Consumidor, ainda quando a rescisão tenha ocorrido após a entrada em vigor deste, a aplicação dele para se declarar nula a rescisão feita de acordo com aquela cláusula fere, sem dúvida alguma, o ato jurídico perfeito, porquanto a modificação dos feitos futuros de ato jurídico perfeito caracteriza a hipótese de retroatividade mínima que também é alcançada pelo disposto no art. 5º, XXXVI, da carta Magna. Recurso extraordinário conhecido e provido.” – (STF, 1ª Turma, RE 205999/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 03.03.00, pg. 89).

Acertado concluir, então, que a norma contida no art. 2035 do Código, por subtrair da vigência da Lei anterior o momento da eficácia do ato jurídico perfeito, sujeitando-o ao domínio da Lei nova, revela-se incompatível com a garantia esculpida no art. 5º, XXXVI, da Lei Maior.

Em sintética conclusão, o art. 2035 do Código Civil é inconstitucional, revelando-se despiciendo, por isso, retomar-se a antiga celeuma atinente ao conflito entre o princípio da segurança jurídica, que culminaria na prevalência da Lei anterior, e o da Justiça, que conduziria à incidência da Lei nova, em tese, melhor e mais “justa”.

Legem habemus, tendo a Constituição adotado posição bem definida acerca do tema, resta apenas cumpri-la.