

Análise do art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil
Brasileiro.
Constitucionalidade e antinomia

César Cipriano de Fazio*

1. Introdução

O art. 2.035 do Código Civil Brasileiro possui a seguinte redação:

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

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

O caput desse dispositivo, em sua primeira parte, determina que os atos ou negócios constituídos antes da entrada em vigor do novo código, reger-se-ão, quanto à sua validade (vícios), pelos preceitos da lei anterior.

Tal regra de direito intertemporal respeita a teoria do *tempus regit actum*, sendo que o ato ou negócio jurídico será regido pela lei em vigor quando da sua constituição.

Já a segunda parte do caput prevê que, quanto aos efeitos dos atos ou negócios jurídicos constituídos quando da vigência da lei anterior, aplicar-se-ão as regras da lei nova, salvo previsão expressa pelas partes de determinada forma de execução.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 2035, do Código Civil, excepciona a regra da segunda parte do caput, ao prever que a convenção entre as partes a respeito da execução do contrato firmado sob a égide da lei anterior não prevalecerá se contrariar normas de ordem pública do novo código, tais como a função social da propriedade e do contrato.

Este é o dispositivo a ser analisado neste ensaio, sob o enfoque da sua constitucionalidade, e da eventual antinomia com relação a outras normas do ordenamento pátrio.

2. Constitucionalidade e antinomia

Como se verificará adiante, a análise da constitucionalidade do art. 2035, p.ú., do Código Civil de 2002, implica na solução de antinomia entre este e norma constitucional, motivo pelo qual faremos análise conjunta dessas questões.

O parágrafo único do art. 2035, do Código Civil de 2002, em interpretação literal, poderia conduzir à regra de que os preceitos de ordem pública da lei ora vigente poderiam ser aplicados aos contratos celebrados e exauridos antes da sua vigência. Tal leitura da norma decorre, sobretudo, da expressão "nenhuma convenção" [01].

Referida leitura do dispositivo, todavia, iria de encontro às normas constitucional (art. 5º, XXXVI) e legal (art. 6º, da LICC [02]) que prevêm o respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, por força das quais os atos jurídicos perfeitos não poderiam ser atingidos pelas disposições, ainda que de ordem pública, da nova lei, sob pena de malferimento, também, via de consequência, a direitos adquiridos. [03]

Cumprido ressaltar que o ato jurídico perfeito, seguindo a linha do disposto no art. 6º, §1º, da LICC [04], é aquele plenamente constituído sob a égide da lei de seu tempo, conferindo a aptidão para a aquisição de direitos subjetivos, caso cumpridos os pressupostos legais e contratuais. Neste sentido a seguinte lição da Min. Fátima Nancy Andrighi:

"É importante salientar que, se a norma constitucional e o art. 6º da LICC não resguardassem o ato jurídico perfeito, haveria destruição de direitos subjetivos, formados sob o império da antiga norma, o que poderia culminar em prejuízo aos interesses legítimos de seus titulares e em conseqüente caos social. Ressalte-se, ademais, que a segurança do ato jurídico perfeito é um modo de garantir o direito adquirido pela proteção que se concede ao seu elemento gerador." [05]

Nesta linha, conforme dispõe o art. 6º, da LICC, a lei nova atingirá apenas os fatos futuros, dentre os quais se inserem os contratos em curso.

Por conseguinte, não só a validade, como também os efeitos dos atos e negócios jurídicos estariam sujeitos à lei do tempo em que constituídos, com exceção daqueles que não estiverem "em curso" quantos aos seus efeitos, mas sim "em curso de constituição" [06], caso em que existente o chamado *facta pendencia*.

Nota-se, pois, a existência de antinomia total-parcial [07] entre a norma do art. 2035, p.ú., do Código Civil Brasileiro de 2002 e as normas do art. 5º, XXXVI, da CF e do art. 6º, da LICC. Isso ocorre na medida em que aquela prevê a aplicação dos preceitos de ordem pública da lei nova aos efeitos dos atos pretéritos ainda que as partes tenham

contratado em sentido diverso, ao passo que estas prevêm a regra da irretroatividade da lei e da imaculação do ato jurídico perfeito pela lei nova.

Como solucionar esta antinomia e como conferir à norma do art. 2035, p.ú, do Código Civil, o que a jurisprudência chama de "interpretação conforme a constituição", mas que aqui se mostra mais como solução de antinomia entre normas jurídicas, é o problema que ora se apresenta.

Em um primeiro momento, verifica-se que a antinomia acima apontada é própria, isto é, a conduta aparece ao mesmo tempo prescrita e proibida [08].

Ademais, a antinomia em questão comportaria solução pelos critérios hierárquico, da especialidade e cronológico, já que ao mesmo tempo em que a norma do art. 5º, XXXVI, da CF é hierarquicamente superior à do art. 2035, p.ú., do CC, esta contém regra especial com relação àquela e é cronologicamente posterior.

Verifica-se a presença aqui, então, da chamada antinomia de segundo grau, haja vista a existência de conflito entre os critérios para a solução da antinomia jurídica. Para tanto existem os chamados "metacritérios", que serão adiante analisados.

Quanto ao conflito entre o critério hierárquico e o cronológico, isto é, antinomia entre norma anterior superior e norma posterior inferior, aplica-se o metacritério de que "norma posterior inferior não prevalece sobre norma anterior superior", visto que a emanção de órgão competente segundo critério mais rigoroso se apresenta como critério mais forte e sólido do que a sucessão no tempo [09].

Permanecendo o critério hierárquico, acima já expusemos que no caso em questão este se mostra antinômico também com o critério da especialidade, já que a norma especial do art. 2035, p.ú., do CC, é inferior à norma geral do art. 5º, XXXVI, da CF.

Neste caso, surge o que se chama de antinomia real [10], na medida em que não há metacritério a ser aplicado, pois ambos os critérios conflitantes são igualmente fortes e válidos, ambos com suporte na CF, tendo em vista que a especialidade tem fundamento na isonomia (art. 5º, caput, da CF), mais especificamente em seu matiz "tratar os desiguais desigualmente".

Tércio Sampaio Ferraz Júnior conceitua a antinomia real como:

"A oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes no mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado" [11].

Na falta de critério para solução da antinomia de segundo grau, o "critério dos critérios" seria, segundo Maria Helena Diniz, o da justiça no caso concreto, recorrendo o aplicador do direito à doutrina, aos costumes e aos princípios gerais do direito, com solução apenas para aquele caso concreto [12], com prevê o art. 4º, da LICC, para as

lacunas jurídicas, pois a antinomia real não deixa de ser uma lacuna, pela ausência ou conflito entre os critérios normativos para a solução da antinomia.

Voltando à análise da antinomia entre o art. 2035, p.ú., do CC, e o art. 5º, XXXVI, da CF, verificamos a interessante questão de o problema da antinomia somente se coloca de forma real caso os preceitos de ordem pública instituídos pela lei nova não guardem correspondência com outros já consagrados em nível hierárquico constitucional.

Caso contrário, como ocorre com a função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da CF [13]), haverá antinomia meramente aparente, solucionável pelo critério da especialidade, haja vista serem as normas constitucionais em tela de mesma hierarquia e cronologia.

O problema da antinomia real somente se coloca neste caso, portanto, quando o preceito de ordem pública, contrariado em ato jurídico perfeito pendente de efetivação, tiver sido originariamente instituído pelo Código Civil de 2002.

A função social do contrato, por sua vez, não encontra disposição constitucional expressa, ainda que possa ser colocada como desdobramento do preceito do art. 3º, da CF, na busca de sociedade justa e solidária. Trata-se de princípio advindo da doutrina e consagrado na jurisprudência ainda sob a égide do Código Civil de 1916, vindo posteriormente a ser consagrado de forma expressa, no art. 421, do Código Civil de 2002 [14].

Neste caso, somente poderia o juiz decidir em sentido contrário ao das regras contratuais entabuladas entre as partes para a execução do contrato firmado antes do novo código, caso estas disposições contratuais contrariem preceito de ordem pública criado pelo novo código (ex: função social do contrato). Mas, para tanto, conforme já expusemos, deve se valer de juízo de equidade, a fim de ponderar se o valor que visa ser consagrado pela norma de ordem pública em tela prevalece sobre a segurança jurídica consagrada no art. 5º, XXXVI, da CF.

Tal juízo deve ser feito, como também já acima exposto, com recurso do aplicador do direito à doutrina, aos costumes e aos princípios gerais do direito, sempre no caso concreto.

Com relação ao costume, consiste este em "norma que deriva da longa prática uniforme ou da geral e constante repetição de dado comportamento sob a convicção de que sua obrigatoriedade corresponde a uma necessidade jurídica" [15]

Deve o aplicador do direito levar em conta os fins sociais do costume e a sua correspondência com a justiça e com as exigências do bem comum (art. 5º, da LICC). Daí a idéia de razoabilidade na aplicação do costume na colmatação de lacunas jurídicas [16].

Não havendo lei ou costume aplicável para a solução da lacuna, ou, neste caso, da antinomia real, o aplicador do direito recorre aos "princípios gerais do direito".

Primeiramente, é de se considerar que os princípios são chamados ao aplicador do direito não de forma desordenada e aleatória, mas sim respeitada a preferência do princípio especial ao geral.

A respeito desta questão é de sumo proveito citar a seguinte passagem da obra clássica de Carlos Maximiliano:

"Recorre o aplicador do texto aos princípios gerais: a) de um instituto jurídico; b) de vários institutos afins; c) de uma parte do Direito Privado (Civil ou Comercial, etc.); ou de uma parte do Direito Público (Constitucional, Administrativo, Internacional, etc.); d) de todo o Direito Privado, ou de todo o Direito Público; e) do Direito Positivo, inteiro; f) e, finalmente, do Direito em sua plenitude, sem distinção nenhuma. Vai-se gradativamente, do menos ao mais geral: quanto menor for a amplitude, o raio de domínio adaptável à espécie, menor será a possibilidade de falhar o processo indutivo, mais fácil e segura a aplicação à hipótese controvertida.

Alteia-se o aplicador do Direito desde os fatos mezinhos da vida diária até a cúspide do saber profissional; da realidade terra a terra ele ascende às razões econômico-sociais; age, enfim, como jurista sociólogo." [17]

No mesmo sentido, para Maria Helena Diniz, o órgão judicante, valendo-se de deduções e induções, além de juízos valorativos, deverá observar o seguinte roteiro na aplicação dos princípios gerais de direito:

"1) buscar os princípios norteadores da estrutura positiva da instituição a que se refere o caso sub judice;

2) atingir, sendo inócua a primeira medida, os princípios que informam o livro ou parte do diploma onde se insere a instituição, depois os do diploma onde se encontra o livro, a seguir, os da disciplina a que corresponde o diploma e assim por diante até chegar aos princípios gerais de todo o direito escrito, de todo o regime jurídico-político e da própria sociedade das Nações, embora estes últimos só digam respeito às questões de direito internacional público;

3) procurar os princípios de direito consuetudário, que não se confundem com as normas costumeiras, mas que são o ponto de partida de onde aquelas normas advêm;

4) recorrer ao direito das gentes, especialmente ao direito comparado, onde se descobrem os princípios que regem o sistema jurídico das nações civilizadas, desde que estes não contradigam os do sistema jurídico interno;

5) invocar os elementos da justiça, isto é, os princípios essenciais, podendo para tanto penetrar no campo da jusfilosofia" [18].

Com problema maior se depara o aplicador do direito quando ocorre a chamada colisão entre princípios, que implica na criação e aplicação de mecanismo metodológico cunhado na estrutura normativa dos princípios.

Uma vez que os princípios, na condição de partes integrantes do sistema jurídico, não podem ter caráter absoluto, consistindo em mandamentos de otimização, que, ao contrário das regras, não se excluem mutuamente [19], é imprescindível que sejam reciprocamente ponderados à luz da proporcionalidade.

A chamada máxima da proporcionalidade, cunhada na teoria de origem alemã, mas que já ganha corpo inclusive na jurisprudência pátria, muito embora em caráter sincrético [20], visa a solução de colisão entre princípios jurídicos.

De forma quase simplista, dada a profundidade da teoria em questão ultrapassar os limites deste trabalho, interessa citar que seu método se resume em três diferentes fases, quais sejam, as indispensáveis análises da adequação (a solução contribui utilmente para o objetivo visado), da necessidade (não há outro ato que possa ser praticado com menor restrição ao direito fundamental atingido) e, por fim, da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação - sopesamento, in concreto, entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e fundamenta a adoção da medida restritiva), sempre tomados os princípios, não é demais repetir, como "mandamentos de otimização" [21].

É importante pisar e repisar na advertência de que a máxima da proporcionalidade não foi criada para que houvesse ilimitada liberdade judicial para relativização de toda e qualquer regra jurídica sob o pálio do sopesamento de princípios fundamentais. Equivocado entendimento neste sentido desaguardaria em desenfreada marcha rumo ao autoritarismo e à arbitrariedade por parte do órgão jurisdicional, o que não se pretendeu e não se pretende com tais idéias.

Em verdade, referido mecanismo visa atuar como baliza ao magistrado, no sentido de atribuir maior densidade ao interior da moldura normativa em que este possui "discricionariedade", ainda que vinculada, para formular sua decisão. Vale dizer, a máxima da proporcionalidade visa atribuir maior respaldo jurídico-metodológico e maior segurança às decisões judiciais em casos concretos nos quais se configure a colisão entre princípios. A proporcionalidade, ressalte-se, não foi criada para dismantlar o sistema normativo, mas sim para lhe conferir maior segurança, assim como a equidade [22].

Quanto à discricionariedade judicial, é importante notar que o próprio conceito de discricionariedade é plurissignificativo. Adotamos aqui a lição de Karl Engisch, para quem seu ponto essencial é a "possibilidade de escolha" [23], admitindo a sua existência no seio do Estado de Direito no sentido de que:

"a convicção pessoal (particularmente a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se

oferecem como possíveis dentre o de certo 'espaço de jogo' será havida como sendo a melhor e a 'justa'" [24].

O mesmo autor ainda divide a discricionariedade em "discricionariedade vinculada" e "livre discricionariedade", sendo que, na "discricionariedade vinculada":

"o exercício do poder de escolha deve ir endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o 'único ajustado', em rigorosa conformidade com todas as diretrizes jurídicas, e particularmente legais, que são de tomar em conta, ao mesmo tempo que se procede a uma cuidadosa consideração de todas as 'circunstâncias do caso concreto'" [25].

Já na "livre discricionariedade":

"o autêntico 'poder discricionário' é atribuído pelo direito e pela lei quando a decisão última sobre o justo (correto, conveniente, apropriado) no caso concreto é confiada à responsabilidade de alguém, é deferida à concepção (em particular, à valoração) individual da personalidade chamada (eventualmente 'articulando' o seu ponto de vista com a deliberação tomada no seio de uma agremiação o colégio) a decidir em concreto, e isto não apenas porque não é possível excluir um 'resto' de insegurança, mesmo através de regras, por mais minuciosas que sejam, mas porque se considera ser melhor solução aquela em que, dentro de determinados limites, alguém olhado como pessoa consciente da sua responsabilidade, faça valer o seu próprio 'ponto de vista'" [26]

Diante disso, sendo regra a ausência de discricionariedade judicial, ou a existência, quanto muito, de discricionariedade vinculada [27], nos termos acima expostos, já é passada a hora de os juízes e operadores do direito em geral instalarem necessários freios ao ímpeto de sempre buscar a proporcionalidade como uma bóia de salvação para fiar a legitimação de frágeis argumentos.

Essa advertência redundante em notável importância na medida em que a lei vem optando cada vez mais pela utilização da técnica legislativa consistente na utilização das chamadas cláusulas gerais [28], como é a chamada "função social do contrato", cláusula geral que se vale, ademais, de conceito normativo indeterminado.

Daí se chega ao papel fundamental da doutrina na construção e iluminação dos caminhos pelos quais poderá trilhar o aplicador do direito na solução das chamadas "posições insustentáveis" nas quais é colocado quando se depara com as antinomias reais, como a ora analisada.

3. Conclusão

Constatada a possibilidade de antinomia real total-parcial entre o art. 2035, p.ú., do Código Civil, e o art. 5º, XXXVI, da CF, traçamos os caminhos para a sua solução diante do caso concreto, haja vista que a antinomia real, como apontamos no decorrer

deste ensaio, é passível de solução pelo emprego de equidade, e recurso à doutrina, aos costumes e, sobretudo, aos princípios jurídicos.

Expusemos a ordem de chamamento dos princípios jurídicos – do especial para o geral, e a possibilidade de colisão no caso concreto, apontando a metodologia para sua solução – máxima da proporcionalidade.

Criticamos a livre discricionariedade judicial e a aplicação desordenada de tal metodologia.

A conclusão, portanto, é de que a antinomia real apontada somente pode ser solucionada no caso concreto, mediante as técnicas metodológicas acima expostas, colocadas pela doutrina ao aplicador do direito as trilhas e as indicações para que a solução seja a mais justa possível, prevalecendo no caso concreto aquela solução pautada no preceito de ordem pública somente quando, em não reproduzindo preceito constitucional especial (caso em que a solução se dá pela especialidade – antinomia meramente aparente), se revelar evidentemente mais justa, após toda a análise metodológica acima exposta, ainda que posta de frente à segurança jurídica que emana da necessidade do respeito ao ato jurídico perfeito.

4. Bibliografia

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. Trad. Luiz Afonso Heck. Revista de direito privado. São Paulo: RT, v. 24: 334-344, out-dez de 2005.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Aplicação do Novo Código Civil: Direito Intertemporal. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/652/4/Aplica%C3%A7ao_Novo_Codigo.pdf>. Acesso em: 13 set. 2008.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. As lacunas no direito. 8ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 10ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Antinomia. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1984, v. 7, p. 14.

GAGLIANO, Pablo Stolze. O novo Código Civil e os contratos celebrados antes da sua vigência. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 64, br. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4002>>. Acesso em: 13 set. 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as "cláusulas gerais" do Código Civil de 2002 – a função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 831, 2005.

Notas

1. Essa a interpretação de Pablo Stolze Gagliano, para quem: "utilizando a expressão "nenhuma convenção", o legislador impõe a todos os negócios jurídicos, não importando se celebrados antes ou após a entrada em vigor do novo Código, a fiel observância dos seus preceitos de ordem pública, especialmente a função social da propriedade e dos contratos. (O novo Código Civil e os contratos celebrados antes da sua vigência).

2. Art. 6º - "A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada".

3. Neste sentido: Teresa Arruda Alvim Wambier, Uma reflexão sobre as "cláusulas gerais" do Código Civil de 2002 – a função social do contrato. RT 831, p. 78. A autora acrescenta ainda que: "o sentido e o alcance de tais regras não pode ser tão amplo e dar ao juiz uma tal margem de liberdade que se venha a instalar no País um clima de verdadeiro caos. Daí as observações que fizemos no começo dessas reflexões, no sentido de que a idéia de direito é inversa e antagônica à de revolução. A revolução é repentina, radical e rompe com o valor previsibilidade e, portanto, com o valor segurança. Qualquer interpretação revolucionária deste dispositivo é antijurídica".

4. § 1º - "Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou".

5. *Aplicação do Novo Código Civil: Direito Intertemporal*, p. 4-5.

6. *Ibidem*, p. 4.

7. Ocorre a chamada antinomia total-parcial, segundo a lição de Maria Helena Diniz, "se uma das normas não puder ser aplicada, em nenhuma hipótese, sem entrar em conflito com a outra, que tem um campo de aplicação conflitante com a anterior apenas em parte" (*Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 482-483).

8. Maria Helena Diniz, obra citada, p. 481.

9. *Ibidem*, p. 486.

10. Também chamada de "lacuna de conflito de segundo grau".

11. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, verbete antinomia, v. 7, p. 14.

12. Obra citada, p. 481 e 487.

13. XXIII – a propriedade atenderá à sua função social.

14. Fátima Nancy Andrichi, obra citada, p. 3.

15. Maria Helena Diniz, *As lacunas no direito*, p. 198.

16. *Ibidem*, p. 204.

17. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 241.

18. Obra citada, p. 242.

19. Cf. Robert Alexy, *Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade*.

20. "Princípio da Proporcionalidade ('mandamento da proibição de excesso'), tendo em vista que não foi verificada a correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, a qual deve ser juridicamente a melhor possível" (STJ, 1ª Turma, AGREsp 422583-PR, rel. min. José Delgado, j. 2/06/2002)

21. Robert Alexy, obra citada, passim.

22. Maria Helena Diniz, quanto aos limites de aplicação da equidade, cita a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal (acórdão de 25-04-1928, in Arquivo Judiciário, 6/289): "Sem lacuna a suprir, ou sem necessidade de procurar o sentido e alcance da disposição legal que se apresenta clara e perfeitamente delimitada não se justifica a equidade para decidir contra sua determinação precisa, a pretexto de lhe abrandar o intencional rigor".

23. Introdução ao pensamento jurídico, p. 219.

24. Obra citada, p. 227/228.

25. Obra citada, p. 220.

26. Obra citada, p. 221/222.

27. Exemplo de discricionariedade vinculada ocorre quando a lei se vale de "conceitos jurídicos indeterminados", que devem ser preenchidos pelo juiz com carga valorativa a ser buscada não em sua própria ideologia, mas na ordem jurídica e nas regras de experiência comum em determinado tempo e lugar.

28. Para Engisch, "havemos de entender por cláusula geral uma formulação na hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos." (obra citada, p. 229)

* advogado, mestrando e especialista em direito processual civil pela PUC-SP, professor assistente de direito processual civil na graduação em direito da PUC-SP..

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11754>> Acesso em: 29 set. 2008.