

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO-IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CLÁUDIO AUGUSTO OLIVEIRA PENNA FERNANDEZ

**OS NOVOS PRINCÍPIOS LEGAIS PARA A VALIDAÇÃO DE UM CONTRATO E A
POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS JÁ
CONSTITUIDAS.**

**BRASÍLIA - DF
2015**

CLÁUDIO AUGUSTO OLIVEIRA PENNA FERNANDEZ

**OS NOVOS PRINCÍPIOS LEGAIS PARA A VALIDAÇÃO DE UM CONTRATO E A
POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS JÁ
CONSTITUIDAS.**

Trabalho de Monografia apresentado
como requisito à obtenção da
aprovação no âmbito da pós-graduação
de Processo Civil da Escola de Direito
de Brasília – EDB/IDP.

**BRASÍLIA - DF
2015**

CLÁUDIO AUGUSTO OLIVEIRA PENNA FERNANDEZ

**OS NOVOS PRINCÍPIOS LEGAIS PARA A VALIDAÇÃO DE UM CONTRATO E A
POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS JÁ
CONSTITUIDAS.**

Trabalho de Monografia apresentado
como requisito à obtenção da
aprovação no âmbito da pós-graduação
de Processo Civil da Escola de Direito
de Brasília – EDB/IDP.

Brasília, 10 de junho de 2015.

Professor (1)

Professor (2)

Professor (3)

AGRADECIMENTOS

A confecção de um trabalho de monografia requer tempo, dedicação e estudo. Em decorrência do período despedido é necessário se abdicar da presença com amigos, parentes e família, em fim, pessoas que amamos.

Logo, a compreensão e auxílio dessas pessoas são fundamentais para que possamos alcançar os nossos objetivos.

Assim, agradeço a minha irmã pelo auxílio na busca do material para o estudo do presente trabalho.

Ainda, um especial agradecimento para minha amada esposa e filho que sempre me deram auxílio e inestimável apoio para a conclusão do trabalho, bem como força para continuar na busca pelo aprimoramento de meu estudo.

RESUMO

O contrato sempre foi regido pelo princípio da autonomia da vontade das partes, não podendo sofrer a interferência de terceiros ou do Estado. O avençado no instrumento fazia lei entre as partes. No entanto, a alteração no modo de analisar a abrangência do Direito Público e do Direito Privado acarretou na mutação dos princípios a serem seguidos pelo Direito Civil. A também chamada constitucionalização do direito privado impôs novas regras a serem observadas nas relações jurídicas, em prol de uma justiça social que passou a ser buscada pela sociedade contemporânea. As novas regras constitucionais e leis infraconstitucionais passaram a velar os negócios jurídicos, porém a aplicação desses novos preceitos e diplomas legais se deu tanto nos novos contratos, como nos contratos já constituídos, finalizados e acabados. Destarte, surgiram posicionamentos contraditórios quanto a possibilidade, ou não, de aplicação de normas de ordem pública nos contratos celebrados antes de sua vigência. A aplicação imediata decorreu da justificativa das normas decorrem de interesse coletivo, enquanto a impossibilidade de aplicação se fundamentou no respeito aos negócios já celebrados. Neste sentido, se faz necessária análise sobre a evolução na forma de validação de um contrato, dos novos preceitos a serem observados nas relações jurídicas e se seria possível à aplicação imediata de norma de ordem pública nos contratos já constituídos.

Palavras-chave: Contrato. Requisitos. Evolução. Constitucionalização do Direito Civil. Aplicação Imediata de Norma de Ordem Pública.

ABSTRACT

The contract has always been governed by the principle of freedom of choice of the parties and can not be interfered with by third parties or the State. The instrument was agreed upon in the law between the parties. However, the change in the way of analyzing the scope of public law and private law resulted in the mutation of the principles to be followed by civil law. The also called constitutionalization of private law imposed new rules to be observed in legal relations in favor of social justice that began to be sought by contemporary society. The new constitutional rules and infra laws passed to ensure the legal business, but the application of these new provisions and legislation occurred both in new contracts, as the contracts already made, completed and finished. Thus, there were contradictory positions as the possibility, or not, the application of rules of public policy on contracts signed before its term. The immediate effect was due to the justification of the rules stem from collective interest, while applying impossibility was based on respect for business already concluded. In this respect, it is necessary analysis of the evolution as validation a contract, the new provisions to be observed in corporate relations and if it was possible the immediate application for public order standard contracts already made.

Keywords: Contract. Requirements. Evolution. constitutionalization of Civil Law. Immediate application of the Public Order Standard.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. A FORMAÇÃO DO CONTRATO.....	9
1.1. O Direito Contratual Moderno	13
1.1.1. Da Autonomia Privada.....	15
1.1.2. Da Função Social do Contrato	16
1.1.3. Da Boa Fé Objetiva	17
1.2. Contratos de Duração Continuada.....	18
2 – A NOVA ÓTICA DO DIREITO PRIVADO E PÚBLICO	22
2.1. O Direito Privado.....	24
2.2. A Constitucionalização do Direito Privado e seus efeitos	27
2.3. A constitucionalização dos contratos de direito civil.....	32
3. DA APLICAÇÃO DE NORMA NOVA NO TEMPO.....	36
3.1. A Aplicação imediata de norma nova.....	37
3.2. A impossibilidade de alcance da norma nova nas relações antigas	40
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

INTRODUÇÃO

Quando duas partes buscam celebrar um negócio jurídico recorrem a pactuação de um contrato para honrar o compromisso estipulado entre eles. A vontade das partes é manifestada e chancelada através do contrato.

Inicialmente, o direito sempre protegeu a autonomia de vontade privada dos indivíduos no instrumento firmado. O pactuado entre os indivíduos era considerado lei não podendo haver qualquer interferência de terceiros, inclusive do Estado que deveria atuar apenas na proteção da relação jurídica celebrada.

Contudo, a evolução da sociedade mostrou a necessidade de alteração no princípio máximo da autonomia privada da vontade das partes exarada em um contrato, pois em muitos casos a parte mais fraca acabava sendo subjulgada pela parte com maior poder econômico.

Destarte, não ocorreu apenas uma alteração na interpretação da forma de contratar, mas também uma clara evolução na análise de aplicação do direito aos negócios jurídicos.

A tradicional separação entre Direito Privado e Direito Público sofreu grande transformação com a convergência desses dois ramos do direito e a interferência de um no outro. Esse novo entendimento decorreu da imposição de novos princípios e preceitos legais impostos por uma nova sociedade que passou a velar pela proteção ao hipossuficiente, fundamentado na dignidade da pessoa humana e na busca da justiça social.

A transformação acima mencionada ocorreu inicialmente através da publicação de leis e posteriormente com a confecção de nova ordem constitucional com clara defesa aos interesses sociais. Com efeito, se buscou equilibrar as relações jurídicas com o tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais. É o chamado princípio da igualdade material.

De outro modo, a introdução de novos princípios, preceitos, costumes e até mesmo anseios sociais nas relações contratuais, causou divergência quando ao período de sua aplicação, havendo entendimentos conflitantes sobre qual o correto momento para a vigência das normas. Também, houve conflito quanto ao tempo de aplicação desses preceitos nas relações já firmadas e em curso.

Neste sentido, se busca analisar através do presente estudo os princípios e requisitos para a validação de um contrato, bem como a evolução na forma de contratar que, com a introdução de nova ordem social, modificou significativamente a estrutura das relações jurídicas. O momento de aplicação dessas novas normas, igualmente será debatido por esse trabalho.

Assim, para uma melhor didática de estudo do trabalho, dividimos a monografia em três capítulos.

No primeiro tópico será analisada a formação de um contrato, bem como os requisitos para a sua validação. Também serão especificados os princípios aos quais os instrumentos passaram a ser submetidos.

Em seguida, será aprofundada a análise no campo do Direito Privado e Direito Público que sofreram relevante alteração na sua forma de atuação e interferência entre eles. Como consequência dessas alterações, ocorreu a inclusão de novas normas constitucionais que alteraram a forma de enxergar tanto o Direito Privado, o Direito Civil e o contrato.

Por fim, a inclusão de novos preceitos e princípios nas relações contratuais deve possuir um marco para a sua aplicação. Em diversos casos existem relações jurídicas já formadas e em curso. Logo, é necessário o estudo do correto momento de interferência das normas novas nos contratos.

1. A FORMAÇÃO DO CONTRATO

A formação de um contrato, em linhas gerais, se inicia pela vontade das partes em firmarem um negócio jurídico, como aponta Maria Helena Diniz ao determinar que:

“O contrato repousa na ideia de um pressuposto de fato querido pelos contratantes e reconhecido pela norma jurídica como base do efeito jurídico perseguido. Seu fundamento é a vontade humana, desde que atue conforme a ordem jurídica¹”.

Como o negócio jurídico se iniciava pela vontade comum das partes, a lei sempre buscou observar o que as partes pactuaram no termo, preservando a autonomia das vontades expressas no instrumento celebrado.

Da vinculação das partes ao estipulado surgiu a máxima do *“pacta sunt servanda”*, ou seja, a de que o contrato faria lei entre as partes. Logo, o princípio da obrigatoriedade consistiria no dever recíproco das partes e sucessores em observar o firmado no contrato; na irretratabilidade do acordo, salvo comum acordo entre as partes. O judiciário também estaria impossibilitado de rever o contrato².

Assim, o contrato seria um acordo de vontades, expresso ou tácito, que encerra compromisso a ser honrado sobre a base do dever de veracidade, que é o Direito Natural. Destaca-se, na determinação da função do acordo de vontades como fonte do vínculo jurídico e na aceitação do princípio de que o contrato tem força de lei entre as partes, formulado como norma no Código Napoleônico³.

Neste sentido, foi firmado o entendimento de que o estabelecido no contrato deveria ser observado irrestritamente, pois o posto no instrumento seria

¹ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.8.

² RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luis. **Revisão Judicial dos Contratos**. Autonomia da Vontade de Imprevisão. São Paulo: Atlas, 2006. p. 34.

³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 6.

como lei a ser respeitada pelos signatários. A vontade das partes se ressaltaria sobre qualquer outro entendimento.

Com o desenvolvimento e evolução da sociedade houve a massificação na realização de contratos que passaram a ser firmados nos diversos negócios jurídicos criados diariamente pela sociedade moderna. O mercado de consumo ajudou ao desenvolvimento da sociedade moderna com a pactuação de negócios cotidianamente.

O desenvolvimento da sociedade, igualmente, impôs a necessidade de evolução das normas positivas que regulam a sociedade. No caso dos contratos, diversos princípios foram alterados ou acrescentados, inclusive, o princípio da autonomia das vontades, ou *pacta sunt servanda*, passou a ter que ser aplicado em harmonia com outros princípios ou normas jurídicas como: a função social do contrato ou da boa – fé das partes.

Em linhas gerais, o princípio da autonomia da vontade: “consiste no poder das partes de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica, envolvendo, além da liberdade de criação do contrato, a liberdade de contratar ou não contratar, de escolher o outro contratante e de fixar o conteúdo do contrato, limitadas pelas normas de ordem pública, pelos bons costumes e pela revisão judicial dos contratos⁴”.

Maria Helena Diniz oportunamente alertou pela limitação na liberdade de contratar ao apontar que:

O contrato repousa na ideia de um pressuposto de fato querido pelos contratantes e reconhecido pela norma jurídica como base do efeito jurídico perseguido. Seu fundamento é a vontade humana, desde que atue conforme a ordem jurídica⁵.

⁴ Diniz, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 75.

⁵ Idem.

Com efeito, a limitação na liberdade de contratar se mostrou necessária, pois a vida cotidiana acabou por demonstrar que em diversos tipos de contratos celebrados à livre vontade de uma das partes constantemente era subjugada à parte mais forte do negócio jurídico.

Assim, a suposição de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria equilíbrio entre os contratantes, não foi confirmada na vida real.

Em diversos tipos de contratos, como o de trabalho ou os de consumo, se verificou um grande desequilíbrio entre as partes, o que obrigou o Estado a intervir na relação firmada para limitar a liberdade de contratar, com a limitação da autonomia privada e tutela na liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual.

A crescente complexidade da vida social exigiu, para ambos os setores, nova técnica de contratação, simplificando-se o processo de formação, como sucedeu visivelmente nos contratos de massa e acentuando o fenômeno da despersonalização.

O contrato de Adesão é o típico fenômeno da sociedade de consumo moderna criado em decorrência da necessidade de contratação em massa. Também se destaca pela imposição do proponente de cláusulas já preestabelecidas a serem aceitas em bloco, com pouca ou nenhuma possibilidade de discussão. O aderente se vê obrigado a aderir por imperiosa necessidade de contratar, principalmente, nos contratos essenciais como água, luz, telefone, transporte, etc.

Com esse novo tipo de contrato o Estado se viu obrigado a intervir na liberdade de contratar para resguardar a parte mais fraca da relação.

A política interventiva do Estado atingiu, por sua vez, o contrato, na sua cidadela, ao restringir a liberdade de contratar, na sua tríplice expressão: de

liberdade de celebrar contrato, da liberdade de escolher o outro contratante e da liberdade de determinar o conteúdo do contrato⁶.

Amputa-se, assim, os excessos do individualismo e da autonomia da vontade⁷.

Com essa preocupação, qual seja a de tutelar jurisdicionalmente a parte mais fraca no jogo econômico, é que se editou o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.90), com especial destaque para os contratos de adesão, já que estes são a tônica das relações de consumo⁸.

Além do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.90), a Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245, de 18.10.91) e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 01.10.03) são exemplos de legislações recentes em terreno contratual. Todos são estatutos de ordem pública que tem como propósito realizar a intervenção estatal no domínio dos contratos.

O traço marcante situa-se na força cogente de seus preceitos, de maneira que se contamina de nulidade qualquer convenção ou cláusula negocial que disponha de maneira contrária à vontade da lei.

Com efeito, o que ocorre no momento é a nova ótica a ser dada pelo jurista que não pode mais desprender das ideias dominantes no seu tempo, e a redução da liberdade de contratar em benefício do princípio da ordem pública.

Não se recusa o direito de contratar, e não se nega a liberdade de fazê-lo. O que pode apontar como nota predominante nesta evolução do contrato é o reforçamento de alguns conceitos e: “sobretudo a proclamação efetiva da preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada, com a acentuação tônica sobre o princípio da ordem pública, que sobreleva ao respeito

⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 8.

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 70.

⁸ Idem.

pela intenção das partes, já que a contes destas obrigatoriamente tem de submeter-se àquele”⁹.

As relações jurídicas privadas firmadas através de um contrato passam a não poder ser analisadas isoladamente, apenas sob a ótica da vontade dos contratantes, mas também através da observância de normas e novos preceitos introduzidos pela Constituição Federal de 1988.

Assim, se verifica a criação de uma nova realidade para o Direito Privado, com a sua socialização, aonde há clara intervenção do direito Público nas relações privadas, em prol dos novos anseios sociais da sociedade brasileira.

Portanto, atualmente, os contratos podem ser definidos como a declaração de vontade das partes destinada a produzir efeitos jurídicos. O Direito contratual moderno também atrela a vontade das partes ao interesse social.

1.1. O Direito Contratual Moderno

A nova realidade da sociedade moderna transformou a relação contratual que passou a limitar a autonomia das partes em um contrato, com a proteção da parte mais fraca em prol da sociedade.

O novo entendimento passou a estabelecer que o direito privado deveria caminhar em harmonia com o direito coletivo, regulando assim a autonomia da vontade das partes.

“Esse princípio (da autonomia da vontade) não é absoluto e nem reflete a realidade social na sua plenitude. Por isso dois aspectos de sua incidência devem ser encarados seriamente: um diz respeito as restrições pela sobrevalência da ordem pública e o outro vai ao dirigismo contratual, que é a intervenção do Estado na economia do contrato”¹⁰.

⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.31.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de direito processual**. 4ª ed. São Paulo: Forense, 1978. p. 22. vol. III.

As partes, antes de estipular suas vontades em contrato, deveriam verificar se o instrumento atendia aos novos anseios da sociedade, exarados na Constituição Federal e nos novos diplomas legais.

Orlando Gomes¹¹ aponta que segundo a Doutrina moderna, a validade de um contrato está condicionada a conjunção de elementos extrínsecos e intrínsecos ou pressupostos e requisitos, respectivamente.

Os elementos extrínsecos, ou pressupostos, são condições as quais se desenvolve e pode desenvolver-se o contrato e agrupam-se em três categorias: aos sujeitos, ao objeto e a situação dos sujeitos em relação ao objeto.

Logo, em todo contrato deve estar presente a capacidade das partes (agente capaz), a idoneidade do objeto (objeto lícito, possível, determinado ou determinável) e a legitimação para realizá-lo (forma prescrita ou não defesa em lei). Assim, esses elementos extrínsecos – pressupostos – devem estar presentes no momento em que o contrato se realiza ou alcança vigor.

Porém, somente esses pressupostos não bastam. A lei exige outras condições para o contrato cumprir sua função econômico-social. São os requisitos complementares, também denominados em elementos intrínsecos que darão a validade a qualquer contrato. Esses requisitos são classificados como: o consentimento, a causa, o objeto e a forma.

No consentimento, as partes devem estar em sintonia com o conteúdo, sob pena de nulidade. Na causa, a função econômica social do contrato deve estar em sintonia com o resultado jurídico que as partes buscam. No objeto, os atos que as partes se comprometem a realizar deve ser lícito, possível e determinável. E a forma deve ser prescrita em lei se exigida pela norma.

Ademais, além da necessidade da existência dos elementos extrínsecos e intrínsecos acima apontados, os contratos igualmente passaram a ter que observar

¹¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 45.

os novos diplomas legais já adaptados as realidades da sociedade moderna com uma nova ordem pública.

O Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso, Lei do Inquilinato são exemplos de leis que demonstram a nova realidade jurídica, com a limitação e observância de diversos requisitos no ato de ser firmado um instrumento e a proteção da parte mais fraca na relação contratual.

O novo Código Civil Brasileiro – Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – confirmou essa nova tendência na evolução da forma de contratar, pois incluiu expressamente no seu Capítulo dos Contratos artigos com cláusulas gerais como: respeito a ordem pública, função social do contrato, e a boa fé objetiva.

O artigo 421 impôs aos contratos que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Igualmente, o artigo 422 passou a estabelecer que. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Nota-se que essa nova interpretação dos contratos buscou harmonizar o código Civil de 2002 com os princípios pela Constituição Federal de 1988 que observa os novos anseios da sociedade brasileira em busca de um estado social.

1.1.1. Da Autonomia Privada

A Teoria Contratual Moderna passou a limitar a vontade de contratar das partes. Ela não tirou a liberdade de contratar, mas apenas a atrelou e a condicionou à função social do contrato. Buscou-se aqui evitar o abuso e individualismo de uma das partes, em prol da sociedade.

A presumida igualdade entre as partes na liberdade de contratar acabou por demonstrar que a autonomia de vontade era apenas formal não ocorrendo equilíbrio entre os contratantes. Logo, coube ao Estado promover a igualdade real para a proteção do hipossuficiente.

Com efeito, o novo entendimento é que o contrato deve atender todas as funções: técnico, econômico e social. A autonomia privada das partes está limitada e condicionada a esses princípios preliminares

Destarte, a autonomia privada das partes na formação de uma relação jurídica passou a ser balizada pela ordem pública, que condiciona a formação do instrumento às ordens e diplomas da sociedade moderna. Busca-se a igualdade real entre as partes para efetiva justiça social.

1.1.2. Da Função Social do Contrato

A função social a ser observada na formação de um instrumento deve ser relacionada como a atuação do ser humano em benefício da sociedade.

Logo, o contrato deve ser firmado não só observando a vontade das partes, mas também deve buscar a construção de uma sociedade livre justa e solidária. A função social deve ser vista como base e, valores jurídicos, sociais econômicos e morais para a formação de um estado social.

A função social traz uma mudança nos contratos, onde a noção de equidade, de boa fé e de segurança, justiça passam a ser o centro de gravidade da teoria dos contratos, com a socialização da teoria contratual¹².

Ademais, função social busca valorizar o indivíduo, nos termos do princípio da dignidade da pessoa humana contido nas disposições da Constituição de 1988 que impõe em seu artigo 170 o entendimento de uma ordem econômica atrelada aos ditames da justiça social.

Nestes termos, a formação de um instrumento jurídico passa por uma nova concepção social na qual os efeitos do contrato na sociedade serão levados

¹² TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 18.

em conta e onde a condição social e econômica de um indivíduo nele envolvido ganha importância.

1.1.3. Da Boa Fé Objetiva

A boa fé objetiva determina às partes que irão constituir um contrato, o dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, não frustrando a confiança da outra parte.

Com efeito, na formação do contrato devem ser seguidas as condutas comumente aceitas pela sociedade moderna. Esses valores visam operacionalizar a solidariedade, fazendo com quem o contrato atinja a sua função em harmonia com a função social existente expressamente na Constituição Federal de 1988.

Ainda, a boa fé objetiva significa uma regra de conduta de acordo com os ideais, isto é, as partes contratuais devem agir conforme modelo de conduta social. Devem agir entre si com honestidade, lealdade, probidade¹³.

As partes, seja no contrato seja em uma relação obrigacional, devem agir com lealdade e correção, ou seja, segundo a boa fé.

Inclusive, a boa fé objetiva deve ser seguida não só depois de firmado o contrato, mas igualmente na fase pré-contratual, sob pena de ser anulado ou rescindo o instrumento celebrado.

Portanto, para a validade dos contratos, além de observarem os elementos extrínsecos e intrínsecos acima elencados por Orlando Gomes, também passa a ser necessária a observância da boa fé objetiva, a função social e a ordem pública, regas essas incluídas pelo Código Civil 2002, como cláusulas gerais a serem respeitadas pelos contratos e que também seguem a nova ordem constitucional.

¹³ Ibidem. p. 23.

1.2. Contratos de Duração Continuada

Os Contratos também podem ser classificados em diversas categorias dependendo da peculiaridade e forma de contratação de cada instrumento.

São definidos como sinalagmáticos, quando produzem efeito para as duas partes. Será classificado como oneroso se gerar vantagem a ambas as partes, ou seja, ambas as partes obtém proveito do contrato.

Ainda, os contratos podem ser classificados como aleatório quando o uso do direito do Contratado está condicionado a um evento futuro e incerto. Os contratos de seguro são exemplos dessa modalidade de contratação, pois não há certeza na utilização do prêmio.

Os contratos também podem ser divididos em duas modalidades quanto ao seu tempo de execução. Os contratos de execução imediata são o que se esgotam num só instante, mediante uma única prestação.

Já os contratos de execução continuada são os que estendem no tempo, ou seja, solvendo-se num espaço mais ou menos longo de tempo. “A característica está em não ser a prestação executada de uma só vez, mas de modo contínuo ou periódico¹⁴”.

Maria Helena Diniz define a natureza da prestação dos serviços nos contratos de execução continuada como:

“No contrato de prestação de serviços e no de locação de coisas e no contrato de fornecimento de matéria prima, p. ex., as prestações, como consequência da natureza do ato negocial, só poderão ser realizadas em tempo futuro e periodicamente¹⁵”.

¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 63.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.110. Vol. I.

Assim, os contratos de Duração Continuada consistem em uma prestação tal que não é possível conceber sua satisfação em um só momento; mas, do contrário, tem de ser cumprida durante certo período de tempo, continuamente. A determinação de sua duração resulta da vontade das partes, mediante cláusula contratual em que subordinam os efeitos do negócio a um acontecimento futuro e certo, ou da declaração de vontade de um dos contratantes pondo termo à relação (denúncia).

Logo, é a natureza da prestação que determina a existência dos contratos de duração. Tais serão, tão só, aqueles nos quais a execução não pode cumprir-se num só instante. Por esse motivo, somente há contratos de duração por sua própria natureza. Se as partes renunciarem à possibilidade de execução única, dividindo a prestação no tempo, o contrato será de execução continuada.

A conceituação dos contratos de duração não é única. As hesitações da doutrina começam na denominação, estendendo-se a delimitação e à diferenciação de subespécies. A figura é mais conhecida como contrato de trato sucessivo. Outros preferem chamá-lo de contrato de execução continuada, havendo quem os designe pela expressão contratos de débito permanente para contrapô-los aos de obrigação transitória. Prefere-se atualmente a denominação contratos de duração¹⁶.

O que importa é deixar claro que o traço essencial desses contratos é a distribuição da execução no tempo. Sua característica reside no fato de que o tempo, ou melhor, a duração, constitui elemento substancial de determinação das prestações. Em, suma, interessa frisar que há duração quando as duas partes, ou uma delas, estão adstritas ao cumprimento de prestações contínuas ou repetidas em intervalos estipulados, por tempo determinado ou indeterminado¹⁷.

Portanto, verifica-se que os contratos podem ser classificados em diversas categorias ou espécies, dependendo dos termos de sua contratação, execução, ou como atinge as partes contratantes.

¹⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 79.

¹⁷ *Ibidem*. p. 80.

Entretanto, esse trabalho de estudo não busca se aprofundar nos tipos de contratos que podem existir. O presente estudo pretende apontar como a lei e novo entendimento doutrinário/jurisprudencial devem ser aplicados nos contratos de duração continuada.

Os contratos de Trato Sucessivo (Execução Continuada), regularmente são pactuados em momento temporal que não há lei específica para regulá-lo ou restringi-lo.

Porém, durante a vigência do contrato, a sociedade passa a exigir nova postura aos contratantes e a lei nova, igualmente, começa a exigir requisitos a serem observados nos novos contratos. Mas também é necessário analisar a forma e o período em que a lei nova atingirá aos contratos já em curso.

O Código Civil de 2002 é claro quanto a aplicação imediata de suas novas disposições quanto aos efeitos futuros das obrigações. O seu artigo 2035 dispõe que:

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.

Na mesma linha segue o Código de Defesa do Consumidor ao estabelecer sua natureza de ordem pública com caráter social, conforme exposto no Capítulo I, artigo 1º, senão vejamos:

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Para Cláudia Lima Marque as normas de ordem pública: “estabelecem valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, são normas de ordem privada, mas de forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis através dos contratos¹⁸”.

Logo, mesmo sendo os contratos de índole privada devem passar a observar aos interesses sociais, tanto presentes no texto constitucional como em diversas normas infraconstitucionais. Porém, também deve ser analisado o correto momento de transição para a aplicação e validação da nova interpretação a ser dada nas relações contratuais.

A aplicação imediata dessa nova interpretação às relações privadas decorre do caráter de ordem pública dos novos preceitos legais preconizados pelos dispositivos constitucionais, que visam atender a nova realidade e anseios da sociedade e buscam impor a sua observância imediatamente sem qualquer observância de lapso temporal ou preservação ao anteriormente acordado.

Portanto, se faz necessária uma análise aprofundada para definir se os novos preceitos e diplomas legais de interesses sociais publicados após a celebração de um contrato já finalizado e acabado teriam força para alcançar a vontade das partes já sacramentada no instrumento em curso, que foi assinado em data anterior a lei nova.

¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima, Miragem, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 60.

2 – A NOVA ÓTICA DO DIREITO PRIVADO E PÚBLICO

A evolução na forma de contratar pode ser verificada com a intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas. O Direito Público passou a atuar no Direito Privado, sob a justificativa de defesa dos interesses da coletividade.

Assim, relações jurídicas privadas, reguladas apenas pelo Direito Privado, passaram a sofrer a intervenção estatal em prol do interesse público. As normas de ordem pública passaram a regular os interesses privados, limitando a atuação e a vontade das partes.

A sociedade moderna impôs uma nova ótica sobre o direito privado e o direito público. A introdução de novos princípios legais como o da solidariedade social e dignidade da pessoa humana, fez-se abandonar a ética do individualismo pela ética da solidariedade; relativizou-se a autonomia da vontade e se acentuou a proteção da dignidade da pessoa humana.

“novos parâmetros para estabelecer a definição de ordem pública, relendo o direito civil á luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”¹⁹.

Inicialmente, o Direito Privado era compreendido como o ramo do direito que disciplinava a sociedade, as relações intersubjetivas, e o mundo econômico, enquanto o Direito Público era compreendido como ramo do direito que disciplinava o Estado, sua estruturação e funcionamento.

A divisão entre esses direitos era clara, em regra não havendo a intervenção de um sobre o outro. Cada um possuía seu próprio âmbito de incidência.

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. “**Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**”, in: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 22.

Bobbio traçou a distinção entre o direito privado e público como critério diferencial a ser buscado na forma ou na matéria da relação jurídica, nos seguintes termos:

“com base na forma da relação jurídica, distinguem-se relações de *coordenação* entre sujeitos de nível igual, e relações de *subordinação* entre sujeitos de nível diferente, dos quais um é superior e outro inferior: as relações de direito privado caracterizadas pela igualdade dos sujeitos, e seriam, portanto relações de coordenação; as relações de direito público seriam caracterizadas pela desigualdade dos sujeitos, e portanto relações de subordinação. Com base na matéria, porém, que constitui o objeto da relação, distinguem-se os interesses *individuais* que se refere a uma única pessoa, dos interesses coletivos, que se referem à totalidade das pessoas, à coletividade. Levando em conta esta distinção, o direito privado seria caracterizado pela proteção que oferece aos interesses privados e o direito público pela proteção oferecida aos interesses coletivos.²⁰”

Logo, o Direito privado disciplinaria as relações de interesses privados quando os indivíduos estivessem em posição de igualdade – coordenação. Já o direito público regularia os interesses coletivos exercendo uma posição superioridade aos sujeitos, pois haveria uma posição de subordinação entre aquele que comanda (o Estado) e os que obedecem (os indivíduos).

No entanto, se antes era estabelecida uma clara separação entre o privado e o público, aonde o primeiro não ultrapassava a esfera do segundo, as normas de ordem pública passaram a determinar uma nova realidade com a clara atuação do público sobre o privado e até mesmo do privado sobre o público. Houve uma clara evolução quanto a essa antiga dicotomia.

A distinção entre privado e público deve ser analisada sob nova ótica, pois não há mais como encontrar na sociedade atual um interesse privado que seja completamente autônomo, independente ou isolado do direito público.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 2ª Ed. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 135/136.

Não cabe mais ver o direito privado, e principalmente o direito civil, como uma espécie de antítese ao direito público, aonde os particulares e a liberdade de autonomia não sejam atingidos pelas normas do Estado.

De outro modo, a própria atividade do Estado contemporâneo não deve ser pautada pela sega subordinação do indivíduo, mas sim pela atuação do valor constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana²¹.

Neste sentido, mesmo quando dois cidadãos em posição de igualdade celebram um contrato, este instrumento deverá sofrerá limitações impostas pelo Direito Público.

Portanto, atualmente se percebe uma clara convergência entre as esferas do público e do privado, não havendo, mais aquela ideia de que no direito público a relação é de subordinação (pois hoje a sociedade civil participa da gerência do Estado), nem a de que no direito privado há uma relação de coordenação (uma vez detectadas desigualdades haverá o dever geral de repará-las).

Por fim, a superação da antiga dicotomia entre o direito público e o privado favorece o reconhecimento da incidência dos valores constitucionais no direito civilista, priorizando-se a pessoa humana, sua dignidade, personalidade e livre desenvolvimento.

2.1. O Direito Privado

O Direito Privado sempre fora reino da não intervenção estatal, um setor deixado aos costumes (direito consuetudinário), ao direito canônico (casamento, família, filiação, sucessões), ou desenvolvido a partir de pareceres e escritos doutrinários.

As relações privadas eram estruturas a partir da concepção de propriedade absoluta e uma plena liberdade de contratar.

²¹ TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 165.

Neste contexto, a liberdade no direito privado consistia na possibilidade do indivíduo decidir livremente, sem qualquer intervenção do estado, em todos os assuntos que lhe dizem respeito, ou seja, de tomar soberanamente todas as decisões concernentes a sua vida privada.

Logo, nos contratos, as partes teriam a autonomia de pactuarem o que entendessem de direito, pois seriam partes em pé de igualdade celebrando um instrumento para atender aos seus interesses. Aqui o Estado não poderia intervir, devendo inclusive respeitar e velar pela vontade das partes.

Como característica marcante havia a livre vontade privada dos indivíduos.

Inclusive, o Direito privado visava tutelar as relações jurídicas privadas com nítida proteção ao direito da propriedade e a autonomia privada das partes. O Direito Civil garantia a existência e autonomia dos pactuantes.

Nas grandes codificações do século XIX, o contrato era a própria expressão da autonomia privada, reconhecendo às partes a liberdade de estipularem o que lhes conviesse, servindo, portanto, de como instrumento de eficaz expansão capitalista. Era um meio simples e seguro de dar eficácia jurídica a todas as combinações de interesses²².

Igualmente, as normas das antigas constituições brasileiras ocupavam em proteger a autonomia privada relativamente a possíveis interferências estatais, garantindo a direito de propriedade em sua plenitude (como proclamado nas duas primeiras constituições brasileiras: a imperial, de 1824, artigo 179, n. 22 e a republicana, de 1891. Art. 72 § 17)²³.

²² TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 174.

²³ RIDB, **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 1 (2012), nº 1. p. 214.

O artigo 179 da Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824²⁴, trazia expressamente a inviolabilidade dos direitos civis, como o da liberdade e propriedade ao dispor que:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891²⁵, em disposição similar, mantinha em seu artigo 72, § 17 a proteção do direito a propriedade ao definir que: “O direito de propriedade mantém em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia”.

Velava-se, assim, o direito da propriedade e a autonomia privada como verdadeiros direitos fundamentais, em forma quase que absoluta. O direito civil garantia o existente e a estabilidade das relações sociais²⁶.

Nesses períodos, a regra a ser observada era a da não intervenção pelo Estado nas relações privadas. A vedação de intervenção Estatal, inclusive estava emanada nas antigas constituições, conforme acima apontado.

O Direito Civil era norteado pelos princípios do liberalismo que privilegiava o individualismo e a autonomia da vontade. As normas relativas às obrigações e contratos eram pautadas na autonomia de contratar das partes e na igualdade formal, refletindo um direito civil essencialmente patrimonialista.

Portanto, prevalecia o entendimento da não intervenção estatal nas avenças entre particulares, sob pena de se estar ferindo a liberdade individual.

²⁴Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em 11 de maio de 2015.

²⁵ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm >Acesso em 11 de maio de 2015.

²⁶ RIDB, **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 1 (2012), nº 1. p. 216.

2.2. A Constitucionalização do Direito Privado e seus efeitos

O Direito contemporâneo retrata a evolução da sociedade com um novo entendimento a ser dado às relações jurídicas a serem constituídas, principalmente nas privadas, como uma flagrante marca da transformação social. Por meio do intervencionismo estatal, se busca corrigir as desigualdades geradas pelo liberalismo.

Neste contexto, desenvolveu-se a ideia de igualdade substancial, havendo o reconhecimento de que não se poderia tratar de forma igual todos os indivíduos, quando estes não estivessem em situações equivalentes na sociedade. Da mesma forma, buscou-se desenvolver a noção de que as relações, mesmo privadas, deveriam observar o princípio da solidariedade.

Assim, certos princípios e institutos fundamentais do direito privado, como a família, propriedade e atividade econômica, passam a serem disciplinados por um novo entendimento legal, que através da constituição impõe a obrigatoriedade de observância de certos valores, antes presentes apenas no Direito Público.

Com efeito, a constituição passa a regular as relações privadas que deverão observar os preceitos da carta maior que busca a criação de uma sociedade mais justa, livre e solidária, com vida digna para todos, com um ambiente caracterizado por intenso pluralismo.

Destarte, a constitucionalização do direito civil faz migrar para o âmbito privado o valor constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, o que supõe que na hierarquia de valores a pessoa humana prevalece sobre o interesse econômico e os direitos patrimoniais.

Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e a regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional²⁷.

²⁷ RIDB, **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 1 (2012), nº 1. p. 220.

Ademais, repercute nas relações particulares, limitando a autonomia de vontade em nome da proteção dos valores constitucionais e dos direitos fundamentais.

Eugênio Fachinni Neto oportunamente aponta a necessidade de observância de normas constitucionais no Direito Civil, senão vejamos:

“não há como, por exemplo, continuar a estudar, interpretar e aplicar o direito das coisas, sem levar em consideração o princípio constitucional da função social da propriedade (independentemente de estar consagrado ou não no código civil). A propriedade codificada necessariamente perde todos os seus contornos mais acentuadamente individualistas, despe-se de totalmente de seu pretensão absolutismo. Qualquer instituto dos direitos reais, portanto, deve ser interpretado à luz do filtro hermenêutico constitucional.²⁸”

A Constituição Federal de 1988 aplica essa nova realidade, com a imposição de determinados requisitos a serem seguidos pelo Direito Privado em prol de uma nova identidade a ser formada pela sociedade.

Conseqüentemente, há um imediato processo de inserção normativa constitucional no corpo do Direito Civil, como constante critério de controle. Essas novas normas dispostas na constituição assumem a função de condição de validação do direito civil ao se aplicar a norma ordinária ao caso concreto. A observância desses valores e princípios modifica os institutos tradicionais.

A autonomia de vontade presente no direito privado se vê obrigada a ser analisada sob a luz da dignidade da pessoa humana.

Inclusive, o artigo 170 da Constituição expressamente passa a velar pelos ditames da justiça social, da dignidade da pessoa humana, função social da propriedade e defesa do consumidor.

²⁸ Ibidem. p. 223.

A defesa do consumidor nas relações de consumo também passa a ser tutelado expressamente pela Carta Maior nos termos do seu artigo 5º, inciso XXXII. Ainda, há a promulgação de lei infraconstitucional já em harmonia com os preceitos da constituição para disciplinar as relações dos consumidores – Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Por sua vez, o artigo 182, § 2º da Constituição Federal visa proteger a função social da propriedade urbana que deve atender os fins sociais, não podendo mais ser protegida unicamente pelo interesse do particular.

Os artigos 229 e 230 da Constituição de 1988 buscaram amparar as pessoas idosas que em muitos casos estão em pé de desigualdade em uma relação jurídica. Aqui se defende a dignidade do hipossuficiente lhe dando tratamento desigual, na medida de sua desigualdade.

Logo, nos exemplos acima apontados é possível constatar as novas regras perseguidas pela sociedade brasileira que passa a exigir um Estado em vigilância às atividades privadas que devem seguir ao respeito dessa nova sociedade.

A constitucionalização do direito privado passa a constar expressamente na Constituição Federal de 1988, igualmente, impondo ao legislador o dever de editar uma legislação compatível com os novos princípios constitucionais.

Igualmente e, em total harmonia com os preceitos constitucionais, surgem leis especiais que acabam por reduzir o primado antes indiscutível do Código Civil.

Tais leis especiais buscam disciplinar institutos de direito privado. Surgem então legislações como: Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.90), a Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245, de 18.10.91) e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 01.10.03), que passam a regular a autonomia das relações jurídicas privadas, outrora intocáveis por normas públicas.

Essa nova legislação infraconstitucional já elaborada em harmonia com os filtros constitucionais, visa dar uma nova interpretação ao Direito Civil o condicionado a observância de preceitos da dignidade da pessoa humana, função social da propriedade e obrigações jurídicas, entre outros.

No mesmo sentido, o princípio constitucional da igualdade em sentido material busca dar tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais, igualados na medida de suas desigualdades. É a proteção do hipossuficiente através do preceito da dignidade da pessoa humana.

Assim, pretende conferir um tratamento diferenciado aos indivíduos que possuem relações distintas dentro de uma relação jurídica na esteira de um direito civil pautado na proteção da dignidade da pessoa humana. O idoso, consumidor ou até mesmo um inquilino terão seus direitos protegidos quando se encontrarem em situação de desigualdade perante a outra parte.

Em sentido mais amplo, a aplicação da igualdade material em detrimento da formal, permite a criação de cotas para minorias raciais nas universidades brasileiras. Aqui, a constituição visa proteger a parte mais fragilizada da sociedade novamente tutelando o hipossuficiente que antes fica à margem da sociedade.

Por fim, destacamos que a introdução no ordenamento jurídico brasileiro das novas normas constitucionais da Constituição Federal de 1988, sobretudo aos princípios e direito fundamentais, estimulou a criação de novos mecanismos de interpretação e controle de constitucionalidade.

Em observância aos preceitos fundamentais, passa a ser necessária interpretação de qualquer norma jurídica conforme a Constituição. Logo, havendo mais de uma interpretação para determinado dispositivo legal, este deverá ser analisado sob a luz dos ditames constitucionais.

Ademais, os preceitos direitos fundamentais têm sido aplicados nas independentemente da existência de normas regulamentadoras, mas como obrigação de observância dos princípios constitucionais. É a chamada eficácia

horizontal aplicada nas relações particulares, sobretudo nos casos de defesa do mínimo existencial ao ser humano.

Dessa forma, a força irradiante dos direitos fundamentais atinge não apenas as normas jurídicas, mas igualmente possibilita a sua aplicação direta entre os particulares.

Também podemos dizer que os direitos fundamentais atuam em dupla dimensão. A primeira seria a atuação clássica quando a pessoa tem o seu direito violado. Na segunda, e mais moderna, o direito se expande para as outras pessoas. Mesmo se a violação não atingir diretamente apenas um indivíduo, o direito se expandirá para os demais indivíduos que não tiveram o seu direito violado, mas poderiam ser prejudicados indiretamente. É a chamada eficácia transversal.

Os direitos metaindividuais, difusos ou coletivos (consumidor, meio ambiente) são exemplos de direito que atingem a coletividade. Logo, mesmo não havendo o prejuízo direito de uma determinada pessoa, ela será resguardada pela lei, pois seus direitos seriam afetados indiretamente.

Nota-se que essa nova realidade, com a proliferação de diversas normas limitadoras do direito privado, não visa acabar com as autonomias e vontades dos particulares. Ela busca, apenas, formar uma sociedade fundada no direito privado, mas integrada com a nova ordem do Estado.

“Apesar do ocaso das grandes dicotomias, da inexistência de fronteiras rígidas entre o público e o privado, dos fenômenos contrapostos da publicização do direito privado e da privatização do direito público, assim como do movimento em direção a constitucionalização do direito privado, percebe-se que ainda persiste o espaço próprio do direito privado, que não restou absorvido pelo direito constitucional. Trata-se de um direito, porém, que perdeu as suas antigas características de um direito individualista e materialista, para tornar-se mais solidário e ético, passando a ter uma verdadeira função social”²⁹.

²⁹ RIDB, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 1 (2012), nº 1. p. 233.

Portanto, o poder público passa a possuir o dever de proteção dos direitos fundamentais também nas relações jurídico privadas, como um nítido instrumento de equilíbrio e inclusão social na sociedade atual. A constitucionalização do Direito Civil busca adequar às relações privadas a essa nova realidade

2.3. A constitucionalização dos contratos de direito civil

O contrato que tinha como regra geral um modelo liberal, cujo princípio máximo era a autonomia de vontade das partes, na realidade refletia um momento histórico que não corresponde mais com a realidade atual.

Essa concepção tradicional do contrato, que tem na vontade a única fonte criadora de direitos e obrigações, formando lei entre as partes, sobrepondo-se à própria lei, bem como a visão do Estado ausente, apenas garantidor das regras do jogo estipuladas pela vontade dos contratantes, já muito vem tendo seus pilares contestados e secundados pela nova realidade social que se impõe³⁰.

Assim, a nova ordem constitucional com a convergência entre o direito público e o direito privado passa a impor às relações contratuais a obrigatoriedade de observância dos princípios da Constituição Federal. Na realidade há uma transformação dos pressupostos contratuais para atender as novas realidades e desafios vividos pela sociedade contemporânea.

A autonomia privada, que antes garantia a liberdade dos cidadãos em face do Estado, é relativizada em prol da justiça substancial, com eixo da relação contratual se deslocando da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança. A proteção da confiança deve estar presente no vínculo contratual.

³⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 17.

O caminho inevitável a seguir é, pois, o de empreender a releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição, com a forçosa identificação de um direito civil mais sensível aos problemas e as exigências da sociedade³¹.

A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora da relevância jurídica das relações sociais, não somente como regra de hermenêutica, mas como norma de comportamento, apto a incidir as situações subjetivas, devendo seguir os valores constitucionais.

De outro modo, sendo a Constituição um diploma que exige conformidade de todas as normas hierarquicamente inferiores, a ela deve estar vinculado o legislador de modo geral, o interprete, o juiz, o órgão da administração ou o próprio cidadão. Assim, se busca a formação de uma mentalidade constitucionalista.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, o direito civil constitucionalizado, isto é, o direito civil transformado pela normativa constitucional, tem como fundamentos a superação da lógica patrimonial (propriedade, produtivista, empresarial) pelos valores existenciais da pessoa humana, que se tornam prioritários no âmbito do direito civil, porque privilegiados pela Constituição³².

Nestes termos, a nova realidade contratual passa a condicionar a formação e validação da relação contratual à observância das normas e princípios constitucionais. O direito a igualdade previsto na norma constitucional passa a ser interpretado em sentido material com o objetivo de tutelar o hipossuficiente no contrato.

Inclusive, o contrato, além de observar as normas constitucionais, também sofre grande limitação em sua autonomia para se adaptar as normas infraconstitucionais, seja pelo Código Civil através dos princípios gerais do contrato (da função social, da boa fé objetiva, da ordem pública) seja pelo Código de Defesa

³¹ TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 168.

³² MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Revista de Direito Civil, 1993. p. 28/29.

do Consumidor que tutela a relação de consumo, ou outros diplomas legais seguem o mesmo intuito de tutela.

A aplicação dessa nova realidade deve ocorrer tanto nas relações entre o Estado e os indivíduos, como nas relações interindividuais, abrigadas nas relações privadas de direito civil. Os valores e princípios constitucionais devem ter a sua eficácia reconhecida tanto pelo legislador ordinário na elaboração de leis, quanto nas relações entre indivíduos.

Com efeito, mesmo que o contrato firmado entre dois indivíduos faça lei entre as partes, essa “lei” deve seguir os novos preceitos constitucionais.

Ademais, a Constituição Federal aponta no § 1º, do seu artigo 5º que as normas definidoras dos direitos e garantias têm aplicação imediata. Logo, todas as relações jurídicas firmadas seriam atingidas pelo novo entendimento dado pela carta constitucional.

Porém, oportuno destacar que a mesma constituição também traz em seu artigo 5º, XXXVI a determinação de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Portanto, a mutação da relação contratual é algo incontestável e inevitável. A relativização da autonomia das partes com a limitação do pactuado no instrumento celebrado visa atender a defesa dos novos interesses e anseios da sociedade que através do diploma constitucional impôs às relações jurídicas a observâncias de novos preceitos sociais.

Mas também se faz necessário o estudo mais aprofundado do momento de aplicação dos novos preceitos constitucionais nas relações contratuais já firmadas, celebradas e acabadas, pois diversas relações foram pactuadas anteriormente a esses preceitos e são atingidas na vigência dessas relações.

O estudo do momento de aplicação dos novos preceitos constitucionais nas relações jurídicas em curso será enfrentado no próximo tópico do presente trabalho.

3. DA APLICAÇÃO DE NORMA NOVA NO TEMPO

O direito deve ser visto em sua dinâmica como uma realidade que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se, adaptando-se às novas exigências e necessidades da vida.

A evolução da vida social traz em si novos fatos e conflitos, de maneira que os legisladores, quase que diariamente, passam a elaborar novas leis: juízes e tribunais, constantemente estabelecem novos precedentes e os próprios valores sofrem mutação, devido ao grande dinamismo da sociedade em permanente evolução.

O sistema jurídico deverá, teoricamente, formar um todo coerente, devendo, por isso, excluir qualquer contradição lógica nas asserções, feitas pelos juristas, elaborador do sistema, sobre as normas, para assegurar sua homogeneidade e garantir a segurança na aplicação do direito³³.

Quando a nova norma vem modificar ou regular, de forma diferente, a matéria versada pela anterior, no todo (ab-rogação) ou em parte (derrogação), podem surgir conflitos entre as novas disposições e as relações jurídicas já definidas sob a vigência da velha norma revogada.

A norma mais recente só teria vigor para o futuro ou regularia situações anteriormente constituídas? A nova norma repercutiria sobre a antiga, atingindo os atos pretéritos já consumados sob a égide da norma revogada, assim afetando os efeitos produzidos de situações pretéritas?

Segundo Maria Helena Diniz³⁴:

“Para solucionar tais questões dois são os critérios utilizados: 1 – o das disposições transitórias, chamadas de direito intertemporal, que são elaboradas pelo legislador, no próprio texto normativo; 2 – o do princípio da retroatividade e da irretroatividade das normas, construções doutrinárias para

³³ DINIZ, Maria Helena. **Conflitos de normas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 13.

³⁴ Ibidem. p.36.

solucionar conflitos entre norma mais recente e as relações jurídicas definidas sob a égide da norma anterior, na ausência de normação transitória. É retroativa a norma que atinge os efeitos jurídicos praticados sob império da revogada. E irretroativa a que não se aplica a qualquer situação jurídica constituída anteriormente”.

Prossegue no seu raciocínio apontando que: “Não se pode aceitar a retroatividade e a irretroatividade como princípios absolutos. O ideal seria que a lei nova retroagisse em alguns casos e outros não³⁵”.

“Logo, sob a égide da lei nova, cairiam os efeitos presentes e futuros de situações pretéritas, com exceção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada, pois a nova norma, salvo situações anormais de prepotência e ditadura, não pode e não deve retroagir atingindo fatos e efeitos já consumados do império da antiga lei³⁶”.

As leis de ordem pública são exemplos de normas com a possibilidade de aplicação imediata, em face do seu caráter social com novos valores a serem acatados por toda a sociedade.

Portanto, em determinados casos a lei poderia alcançar obrigações firmadas no passado, contudo em outras circunstâncias essa afirmativa não poderia ser convalidada.

3.1. A Aplicação imediata de norma nova

Os Doutrinadores favoráveis a aplicação imediata, ou retroativa, das normas de ordem pública nas relações celebradas sob o império de lei antiga defendem um conceito limitado ao direito adquirido pela ordem pública, nos casos das obrigações ou relações ainda pendentes.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Conflitos de normas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 09.

³⁶ Ibidem. p.37.

Embora essas relações tenham sido celebradas sob a égide de lei antiga, alguns dos seus efeitos permanecem suspensos e somente serão aplicados na vigência de lei nova.

A tese refere-se à aplicação da lei nova de ordem pública aos contratos originalmente firmados na vigência de lei antiga, mas com algumas relações pendentes (*facta pendentia*)³⁷.

Nesses casos, algumas relações contratuais teriam situações pendentes, pois ainda não teriam ocorrido. Logo, não poderíamos falar em direito adquirido para essas situações, podendo a norma de ordem pública ser aplicada imediatamente. Defende-se nesse caso, que sequer poderíamos falar em direito adquirido.

A situação pendente abrija a possibilidade de aplicação imediata da lei com caráter de norma de ordem pública.

Os contratos de execução continuada, também denominados de trato sucessivo, no qual diversos efeitos estão condicionados a evento que ainda não ocorreu, ou somente ocorrerão em um futuro não definido, se enquadraria no entendimento desses doutrinadores.

Arnaldo Rizzardo destaca a diferença entre os contratos de execução instantânea e os de trato sucessivo quanto a natureza da prestação. Aponta que “A característica está em não ser uma prestação executada de uma só vez, mas de modo contínuo ou periódico³⁸”.

Nota-se, portanto, que não se discute os contratos que todos os seus efeitos já se esgotaram, mas apenas aqueles instrumentos surgidos sob lei anterior, mas com alguns efeitos suspensos no tempo.

³⁷ GUNZBURGER, Daniel Guerra. **Direito Intertemporal e os contratos de trato sucessivo no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2005. p. 23. v 101 n. 380 jul./ago 2005.

³⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 63.

Neste sentido, buscam impor limites à ampla definição do direito adquirido prevista em nosso ordenamento jurídico. Tais limites seriam impostos pelo interesse social, ou seja, pela ordem pública, além da qual não chegaria o direito adquirido. Assim, define-se a lei de ordem pública como aquela na qual está presente maior interesse social³⁹.

Para Cláudia Lima Marques as normas de ordem pública: “estabelecem valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, são normas de ordem privada, mas de forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis através dos contratos⁴⁰”.

Prossegue em suas considerações aos determinar que: “as leis de ordem pública são aquelas que interessam mais à sociedade que aos particulares⁴¹”

Reynaldo Porchat resalta que no caso das leis de direito público, nas relações jurídicas por elas criadas, visando especialmente funções de interesse público ou com índole política, os indivíduos se sujeitariam as exigências públicas, e não nasceriam tão facilmente os direitos adquiridos, que são de índole privada⁴².

Maria Coeli Simões aponta em sua obra que:

“Já o binômio direito adquirido e a ordem pública surge na Grécia quando se afirma o precedente remoto de afastamento do direito adquirido por necessidade de caráter público, isto é, o tratamento diferenciado da intertemporalidade, tendo em vista as normas envolvidas⁴³”.

Destarte, as normas de ordem pública devem ser aplicadas imediatamente em prol da sociedade e do direito coletivo, não devendo prevalecer o direito privado e individual de determinado sujeito.

³⁹ BAYEUX FILHO, José Luiz, **O Código de Defesa do Consumidor e o Direito Intertemporal**. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, 1993. p.54. nº 5, jan.-mar.1993.

⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima, Miragem, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 60.

⁴¹ Idem.

⁴² PORCHAT, Reynaldo. **Da retroatividade das leis civis**. São Paulo, 1909. p. 69.

⁴³ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito Adquirido e a ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 406.

Assim, as leis de ordem pública poderiam ser aplicadas retroativamente sob o argumento de que não se deve manter o que perturba a ordem, ou defende os bons costumes. Proclama-se que não pode haver direitos adquiridos contra a maior felicidade da sociedade.

Destaca-se que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFTE tem seguido esse entendimento ao declarar no Acórdão nº 758615 que: “uma vez que a sua natureza de norma de ordem pública impõe aplicação imediata⁴⁴”.

O entendimento do referido Tribunal acima apontado já se encontra pacificado, pois as 1ª, 3ª 4ª e 6ª Turmas Cíveis do TJDFTE proclamaram os acórdãos de nº 734101, nº 677353, nº 724867, nº 760828 e nº 806757 respectivamente, no mesmo sentido.

Porquanto, nas relações contratuais de duração prolongada, como os contratos de trato sucessivo (espécie de instrumento comum às relações da sociedade contemporânea), mesmo celebrado anteriormente a um novo diploma legal, se submeteriam as suas regras.

À título exemplificativo, leis de natureza de ordem pública como: Estatuto do Idoso (Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003), Lei do Inquilinato (Lei 8.245 de 10 de outubro de 1991), Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990) teriam aplicação imediata nas relações pendentes mesmo firmadas anteriormente a publicação e vigência dessas normas.

3.2. A impossibilidade de alcance da norma nova nas relações antigas

A aplicação de lei nova com natureza de ordem pública nos contratos de trato sucessivo, que possuem cláusulas na pendência de execução, visa atender aos anseios da sociedade contemporânea e em constante transformação.

⁴⁴ Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDFTE. Acórdão n.758615, 20120110572788APC, Relator: WALDIR LEÔNIO LOPES JÚNIOR, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 05/02/2014, Publicado no DJE: 12/02/2014. Pág.: 84

Atualmente, os contratos de duração prolongada são largamente utilizados por essa sociedade moderna, logo a lei deve proteger e prevenir esses instrumentos de eventuais conflitos.

Assim, no caso dos contratos já finalizados, mas com cláusulas pendentes de execução, a lei nova teria aplicação imediata nos efeitos das cláusulas que somente foram efetivadas já sob o império de uma nova lei.

Todavia, a aplicação imediata de normas de ordem pública também deve ser analisada sob a ótica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que protege o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

O artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal estabelece expressamente que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Nos mesmo sentido, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro aponta no seu artigo 6º que: “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Didaticamente se conceitua o direito adquirido como aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários à sua formação sob a vigência de determinada lei. Cumpridos todos os requisitos para a satisfação de um direito sob a vigência da lei que os exige, o indivíduo estará protegido de alterações futuras, provocadas por nova lei, que estabeleça disciplina diversa para a matéria⁴⁵.

O ato jurídico pode ser definido como aquele já efetivamente realizado, sob a regra da lei vigente na época de sua prática. Representa, pois, um adicional ao direito adquirido: não apenas foram atendidas todas as condições legais para a aquisição do direito; mais do que isso, o ato que esse direito possibilita já foi

⁴⁵ VICENTE Paulo, Marcelo Alexandrino, **Direito Constitucional descomplicado**. 5ª ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 155.

realizado, o direito já foi efetivamente exercido. O contrato devidamente celebrado constitui ato jurídico perfeito, insuscetível de ser prejudicado por lei superveniente⁴⁶.

Neste ponto é necessária a análise acerca do alcance do direito adquirido e ato jurídico perfeito quando se tratar de nova lei de caráter de norma ordem pública.

Deve ser analisada a possibilidade de a lei nova poder, ou não, retroagir aos atos realizados no passado, ou ainda ser aplicada imediatamente aos atos que se prolongaram no tempo em decorrência da continuidade de determinado ato.

Diferentemente do posicionamento favorável defendido pelos Doutrinadores no tópico anterior, a Suprema Corte tem se posicionado contrariamente a possibilidade da supremacia de norma de ordem pública ao dispositivo constitucional de observância ao direito adquirido e coisa julgada.

Carlos Francesco Gabba defende a proteção pelo direito adquirido de ato ocorrido no passado, nos seguintes termos:

É diritto acquisito ogni diritto, Che a) é consequenza di un fatto idôneo a produrlo in virtu della legge Del tempo in cui Il fatto venne compiuto, benchi l'occasione di farlo valerenon siasi presente prima dell' attuazione di uma legge nuova, intorno AL medesimo e che b) a termini della legge, sotto l'império della quale accadde in fatto da cuy trae origine entro immediatamente a far parte Del patrimônio di chi ló há acquisito⁴⁷.

Assim, entende que o direito adquirido seria todo o direito gerado por um fato idôneo em razão de lei vigorante ao tempo em que tal fato ocorreu, muito embora a ocasião em que ela possa a vir a atuar ou a valer ainda não se tenha apresentado, ou ocorrido, antes da entrada em vigor de uma nova norma relativa ao mesmo assunto.

⁴⁶ Ibidem. p. 156.

⁴⁷ GABBA, **Teoria della retroattività delle leggi**. Pisa, 1858. p. 190/191. V 1

O direito, por natureza, deve existir para disciplinar o futuro, jamais o passado, não sendo razoável entender que normas construídas a *posteriori* possam dar definições e consequências novas a eventos já ocorridos no mundo fenomênico⁴⁸.

Logo, mesmo nos casos de contratos finalizados e acabados, estes não poderiam ser atingidos por normas construídas posteriormente. Ainda, eventuais efeitos desses contratos que por ventura se prorroguem no tempo também devem ser analisados pela lei anterior.

Os efeitos de contrato são estabelecidos e disciplinados pelas normas positivas vigentes na data em que o mesmo foi concluído⁴⁹.

Ademais, os efeitos de um contrato em curso, no dia da mudança de legislação, regulam-se conforme a lei da época da constituição do mesmo; a norma ulterior não os modifica, diminui ou acresce⁵⁰.

Com efeito, toda obrigação acessória rege-se pela norma do tempo da principal!

A obrigação subordina a condição ou termo que é disciplinada pelos preceitos imperantes quando ela se concretizou, aos quais ficam subordinados os efeitos decorrentes de se realizar ou deixar de realizar-se a condição, ainda que esta ou o termo ocorra na vigência do direito hodierno⁵¹.

De acordo com os ensinamentos de De Plácido e Silva:

"o direito adquirido tira sua existência dos fatos jurídicos passados e definitivos, quando o seu titular os pode exercer. No entanto, não deixa de ser adquirido o direito, mesmo

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 398.

⁴⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis**. Ed Freitas Bastos, 1946. p. 34.

⁵⁰ *Ibidem*. p. 197

⁵¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis**. Ed Freitas Bastos, 1946. p. 216.

quando seu exercício dependa de um termo prefixo ou de uma condição preestabelecida inalterável ao arbítrio de outrem"⁵².

Destarte sob a ótica da retroatividade das leis, não somente se consideram adquiridos os direitos aperfeiçoados ao tempo em que se promulga a lei nova, como os que estejam subordinados a condições ainda não verificadas.

Trata-se aqui de termos e condições suspensivas, que retardam o exercício do direito. Quanto ao prazo, é princípio corrente que ele pressupõe a aquisição definitiva do direito e apenas lhe demora o exercício. A condição suspensiva torna o direito apenas esperado, mas ainda não realizado. Todavia, com seu advento, o direito se supõe ter existido desde no momento em que se deu o fato que o criou⁵³.

Assim, o direito originário passaria a fazer parte do patrimônio do indivíduo a partir do momento do fato ocorrido, mesmo se os efeitos do fato já acontecido venham a atuar somente sob o império da lei nova.

Os contratos se concluem precisamente para se presumir alguém contra as surpresas do futuro; demais, alargar-se-ia o campo de ação da má-fé e se multiplicaria as possibilidades de se não esforçarem as partes para satisfazer os compromissos solenemente assumidos.

Aqui, o direito adquirido ou o ato jurídico perfeito tem com finalidade resguardar a vontade das partes pactuadas no instrumento celebrado, evitando a deslealdade contratual.

Na lição de Batista Machado, as relações contratuais em curso devem ser respeitadas, em prol da segurança jurídica, senão vejamos:

“A intervenção do legislador que venha a modificar este regime querido pelas partes afecta as previsões destas, transforma o equilíbrio por elas arquitetado e afecta, portanto, a segurança jurídica. Além de que as cláusulas contratuais são tão

⁵² SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 8ª ed. Forense, 1984. p. 77/78.

⁵³ BEVILAQUA, Clóvis. **Comentários ao Código Civil**. 5ª ed. p.101.

diversificadas, detalhadas e originais que o legislador nunca as poderia prever a todas. Por isso mesmo não falta quem entenda que uma lei nova não pode ser imediatamente aplicável às situações contratuais em curso quando do seu início de vigência sem a violação do princípio da não retroactividade⁵⁴.”

Logo, se mostra fundamental a manutenção do inicialmente firmado em contrato, não devendo se falar em aplicação de lei ordem pública no contrato já finalizado.

O respeito ao direito consolidado entre as partes em contrato é oportunamente apontado no julgado ADI 1931 - MC do Ministro Moreira Alves do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“A retroatividade determinada por esses preceitos faz iniciar regras de legislação nova sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide de regime legal anterior, que, a meu ver, afronta o direito consolidado das partes, de tal modo que violam o princípio consagrado no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal e põem-se em contraste com a jurisprudência desta Corte de que é o acórdão proferido na ADI 493-DF⁵⁵”.

Nota-se que o julgado visa proteger o direito da relação jurídica celebrada pelas partes, sob a ótica dos princípios do direito adquirido, ato jurídico perfeito e da coisa julgada, que possuem natureza de norma constitucional.

Os citados princípios estão expressamente presentes no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal, o que lhes confere supremacia sobre qualquer norma, mesmo que de ordem pública. Igualmente, o dispositivo constitucional é dotado de rigidez não trazendo qualquer ressalva ou exceção que permita a flexibilização do alcance do direito adquirido ou ato jurídico perfeito.

Fica evidente que a natureza constitucional do princípio não permite a admissão da eventual retroatividade das leis de ordem pública, muito comum em

⁵⁴ MACHADO, João Batista. **Introdução ao direito ao direito e ao discurso legitimador**. 12. Reimpr. Coimbra, 2000. p. 238.

⁵⁵ ADI 1931 – MC. Relator Moreira Alves, RTJ 143/724.

países nos quais o princípio da não retroatividade é mera cláusula legal⁵⁶. Na França o princípio da irretroatividade das leis figura apenas no Código Civil.

A referida previsão constitucional consagraria o princípio da irretroatividade das leis, além de por fim a qualquer discussão sobre a supremacia de ordem pública visto que a Constituição Federal tem vocação de permanência e é dotada de rigidez⁵⁷.

O Supremo Tribunal Federal entende que as leis que afetam os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente são retroativas (retroativa mínima) afetando a causa, que é um fato ocorrido no passado⁵⁸.

Os diversos julgados da Suprema Corte tem firmado entendimento da necessidade de ser respeitada a lei da época em que o fato surgiu. O RE Nº 96.037 aponta pela necessidade de cumprimento de cláusula contratual nos termos da lei contemporânea ao seu nascimento.

LOCAÇÃO COMERCIAL. VINCULAÇÃO DO ALUGUEL AO SALÁRIO-MÍNIMO, CONSOANTE CONTRATO CELEBRADO ANTERIORMENTE AS LEIS NS. 6.205/75 E 6.423/77. RESPEITO AO ATO JURÍDICO PERFEITO, DE QUE SE IRRADIAM DIREITOS E OBRIGAÇÕES PARA OS CONTRATANTES. NÃO HÁ QUE SE INVOCAR O EFEITO IMEDIATO DA LEI NOVA, PORQUANTO ESTA NÃO SE APLICA AOS EFEITOS FUTUROS DO CONTRATO ANTERIORMENTE CELEBRADO E QUE SE ACHA EM CURSO. NÃO IMPRESSIONA O ARGUMENTO DE QUE SE CUIDA DE LEI DE ORDEM PÚBLICA, FACE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL INSERIDO NO ART. 153, PARÁGRAFO 3. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, PARA RECONHECER O DIREITO DO LOCADOR AO ALUGUEL REAJUSTADO ANUALMENTE, COM BASE NO SALÁRIO-MÍNIMO⁵⁹.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 400.

⁵⁷ GUNZBURGER, Daniel Guerra. **Direito Intertemporal e os contratos de trato sucessivo no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense. p.25. v 101 n. 380 jul./ago 2005.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p.416.

⁵⁹ RE 96037, DJACI FALCÃO, DJ 12-11-1982 PP-11488 EMENT VOL-01275-01 PP-00179 RTJ VOL-00106-01 PP-00314.

No relatório do citado acórdão, as fls. 185, houve a justificativa para a decisão sob o argumento de que como se tratava de contrato legitimamente celebrado, as partes tem o direito de vê-lo cumprido, nos termos da lei contemporânea ao seu nascimento, a regular inclusive os seus efeitos. Os efeitos do contrato ficam condicionados à lei vigente no momento em que foi firmado pelas partes. Aí, não há que invocar o efeito imediato da lei nova.

O Ministro Moreira Alves do Supremo Tribunal Federal, igualmente, observa no RE 205.999 a impossibilidade de modificação dos efeitos futuros de ato jurídico perfeito que caracterizaria hipótese de retroatividade mínima, expressamente vedado pelo artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal, senão vejamos:

“Compromisso de compra e venda. Rescisão. Alegação de ofensa ao art. 5º, XXXVI, da Constituição.

Sendo constitucional o princípio de que a lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, ele se aplica também as leis de ordem pública. De outra parte, se a cláusula relativa a rescisão com a perda de todas as garantias 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 declarar nula a rescisão feita de acordo com aquela cláusula fere, sem dúvida alguma, o ato jurídico perfeito, porquanto as modificações dos efeitos 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”⁶⁰.

Logo, a invocação de preceitos de ordem pública para afastar a incidência de cláusulas contratuais sob a vigência da lei nova afigura-se em manifesta contradição com a orientação amplamente dominante da doutrina e jurisprudência brasileira⁶¹.

Destaca-se ainda, que a obrigatoriedade de respeito ao ato jurídico perfeito e direito adquirido, independe da natureza da norma. Seja ela norma que

⁶⁰ RE. 205.999, Relator Moreira Alves, DJ de 3-3-2000, p. 89.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p.401.

regule direito privado, seja norma que regule direito público, ou ainda norma de ordem pública, todas elas devem respeitar o princípio constitucional.

Pontes de Miranda chancela esse entendimento ao explicar que:

“A regra jurídica de garantia é, todavia, comum ao direito privado e ao direito público. Quer se trate de direito público, quer se trate de direito privado, a lei nova não pode ter efeitos retroativos (critério objetivo), nem ferir direitos adquiridos (critério subjetivo), conforme seja o sistema adotado pelo legislador constituinte. Se não existe regra constitucional de garantia, e sim, tão só, regra dirigida aos juízes, só a cláusula de exclusão pode conferir efeitos retroativos, ou ofensivos dos direitos adquiridos, a qualquer lei”⁶².

No mesmo raciocínio, Moreira Alves aponta que o princípio do direito adquirido “se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva”⁶³.

Conclui o ensinamento ao determinar que:

“no Brasil, sendo o princípio do respeito ao direito adquirido, do ato jurídico perfeito e o da coisa julgada princípios de natureza constitucional, sem qualquer exceção a qualquer espécie de legislação ordinária, não tem sentido a afirmação de muitos – apegados ao direito de países em que o preceito é de origem meramente legal – de que as leis de ordem pública se aplicam de imediato alcançando os efeitos futuros de ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, e isso porque, se alteram os efeitos óbvios que se está introduzindo modificação na causa, o que é vedado constitucionalmente”⁶⁴.

Porquanto, tanto o contrato finalizado e acabado como os seus efeitos, pretéritos ou não, são englobados pelo ato jurídico perfeito e direito adquirido, não podendo haver qualquer tipo de lei nova nas situações jurídicas já definidas no passado.

⁶² MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967** com Emenda n. 1 de 1969. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1947. p. 99.

⁶³ ADI 493, Rel. Moreira Alves. RTJ, 143 (2)/724 (746).

⁶⁴ Cf. transcrição na RTJ, 143 (2)/746.

Por fim, importante lembrar que a mera expectativa de direito não é atingida pelos princípios de imutabilidade do ato jurídico perfeito e direito adquirido. O que não pode ser atingido pelo império da lei nova é apenas o direito adquirido e jamais o direito *in fieri* ou em potência, a *spes júris* ou simples expectativa de direito.

A expectativa de direito é uma mera possibilidade ou esperança de adquirir um direito, por estar na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico que ainda não ocorreu. Com efeito, a obrigação ainda não foi pactuada, ou o contrato não foi finalizado. Logo, não podendo ser aplicada a proteção do direito adquirido ou ato jurídico perfeito.

CONCLUSÃO

O contrato tinha como regra geral um modelo liberal, cujo princípio máximo era a autonomia de vontade das partes, sendo esta a única fonte criadora de direitos e obrigações que formava lei entre as partes.

Os princípios liberais de meados do século IX, bem como as constituições brasileiras de 1824 e 1891 seguiam o entendimento de proteção da autonomia privada das partes. Nas relações jurídicas pactuadas nesse período o Estado não interferia na vontade dos indivíduos, ao contrário, tinha obrigação de velar por ela.

As relações privadas eram intocáveis, com a prevalência na autonomia da vontade das partes. O avençado entre os indivíduos era considerado lei, não podendo ser alterado por terceiros, nem pelo Estado.

Porém, essa concepção tradicional do contrato refletia um momento histórico que não corresponde mais com a realidade atual da sociedade moderna. A evolução das relações jurídicas trouxe uma nova forma de interpretar e validar um negócio jurídico.

A alteração e evolução na forma de interpretar o Direito Público e o Direito privado passaram a impor uma convergência nos citados ramos do direito com clara interferência do Estado nas relações privadas.

Destaca-se que a interferência estatal não se deu no intuito de impor sua vontade nas relações privadas, mas sim para impor a vontade da própria sociedade que passou a buscar através de novos princípios uma nova justiça social. A sociedade contemporânea impôs a necessidade de aplicação da igualdade entre indivíduos com proteção às partes mais fragilizadas, além da observância da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, os novos preceitos limitaram a autonomia das partes e suas vontades na pactuação de um contrato, em prol de uma sociedade mais justa.

A Constituição Federal de 1988 consagrou os novos anseios da sociedade com a inclusão de novos preceitos em seu texto com a clara proteção ao hipossuficiente. A busca pela dignidade da pessoa humana, a igualdade das partes, bem como a observância da função social nas relações jurídicas são exemplos dos preceitos a serem perseguidos.

Na mesma linha dos novos princípios constitucionais foram editadas leis como o Código Civil de 2002, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso, Lei do Inquilinato. Os referidos diplomas legais buscam equilibrar as relações jurídicas protegendo a eventual parte que se encontre em posição de inferioridade.

Ademais, essas normas passaram a estabelecer os valores básicos e fundamentais da nova ordem jurídica, logo, mesmo sendo normas de ordem privada, possuíram forte interesse público, não podendo ser indisponíveis ou inafastáveis das relações contratuais.

Por se tratarem de diplomas de ordem pública fundamentados na nova ordem de justiça social imposta pela constituição, a sua aplicação deveria ser imediata sobre qualquer relação jurídica.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT seguiu esse entendimento ao determinar a aplicação imediata de norma de ordem pública, como o Estatuto do Idoso, em contratos celebrados antes de sua vigência.

Todavia, o surgimento de novos preceitos legais pretendidos pela sociedade contemporânea deve respeitar certo marco temporal para sua aplicação. Embora a própria constituição traga em seu artigo 5º, § 1º que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, igualmente a carta constitucional aponta no artigo 5º, XXXVI que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Em relação aos negócios jurídicos firmados anteriormente a Constituição Federal ou novas normas de ordem pública, o correto entendimento a ser dado seria

o respeito a relação jurídica já definida, mesmo se alguns de seus efeitos surgissem já sob o regime de nova lei.

Mesmo havendo a mutação na forma de celebrar um contrato e a limitação na autonomia da vontade, o negócio jurídico ainda deve ser resguardado pelo Estado. O respeito à vontade das partes visa evitar a deslealdade processual, bem como proteger os contratantes de surpresas futuras. É neste sentido que os contratos se concluem.

A modificação do regime jurídico pactuado pelas partes afetaria a natureza do negócio jurídico sacramentado afetando o equilíbrio arquitetado, portanto, afetando a segurança jurídica.

Ademais, as partes tem o direito de ver cumprido o contrato legitimamente celebrado, nos termos da lei contemporânea ao seu nascimento, a regular inclusive os seus efeitos. Os efeitos do contrato ficam condicionados à lei vigente no momento em que as partes manifestaram as suas vontades.

Com efeito, não há como invocar o efeito imediato da lei nova de ordem pública para regular os efeitos de contratos celebrados sob o império de lei antiga.

Como já dito, o respeito a relação jurídica já definida no passado visa a preservação da segurança jurídica. Assim, a modificação de qualquer contrato, mesmo que sob o argumento de norma de ordem pública (de natureza social), traria flagrante insegurança a todos os negócios jurídicos já celebrados.

Destaca-se ainda, que o direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada são princípios de natureza constitucional, sem qualquer exceção a qualquer espécie de legislação ordinária. Logo, se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público ou privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva.

Porquanto, os negócios jurídicos já finalizados e acabados, bem como os seus efeitos são englobados pelo ato jurídico perfeito e direito adquirido, não

podendo haver a aplicação de qualquer tipo de lei nova nas situações jurídicas já definidas no passado.

A observância do preceito constitucional do ato jurídico perfeito e direito adquirido garante a segurança jurídica das relações já definidas e trás maior justiça social, objetivo também pretendido pela sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de 03 de 1824.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em 11.05.2015.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm > Acesso em 11 de maio de 2015.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant.** 2ª Ed; tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos.** Vol. 1. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Conflitos de normas.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GABBA, Carlo Francesco. **Teoria della retroattività delle leggi.** Pisa, 1868. V.1

GOMES, Orlando, **Contratos.** 25ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

GUNZBURGER, Daniel Guerra. Direito Intertemporal e os contratos de trato sucessivo no novo Código Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v 101 n. 380 jul./ago 2005.

MARQUES, Claudia Lima, Miragem, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 6ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Pontes, **Comentários à Constituição de 1967** com Emenda n. 1 de 1969, 2. Ed., 2. Tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1947.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo. 1993.

PEREIRA, Caio Mario, **Instituições de direito processual.** 4ª Ed.. vol. III. São Paulo: Forense 1978.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito Adquirido e a ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PORCHAT, Reynaldo. **Da Retroactividade das leis civis**. São Paulo, 1909.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002.

RIDB, **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 1 (2012), Nº 1.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luis, **Revisão Judicial dos Contratos**. Autonomia da Vontade de Imprevisão. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Forense, 8ª ed., 1984.

TEPEDINO, Gustavo, “**Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**”, in: Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar: 2000

VICENTE Paulo, Marcelo Alexandrino, **Direito Constitucional descomplicado**. – 5. Ed., rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. 2010.