

3.3.2 Insuficiência do art. 4º da LICC para explicar o fenômeno jurídico privado diante da tipologia sistêmica da CF/1988 e do CC/2002



Lucas Abreu Barroso

Causa - nos espécie constatar que em meio a tantos debates levados a efeito com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com a edição do Código Civil de 2002 questões tão relevantes não tenham sido

levantadas. Algumas delas referem-se à Lei de Introdução ao Código Civil no confronto com a constitucionalização do direito privado.

Qual a situação atual do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil em face do sistema aberto implementado no ordenamento jurídico brasileiro com o texto constitucional vigente e o novo diploma civilista? Que papel têm a desempenhar no âmbito do direito privado os princípios constitucionais, considerando sua normatividade no pós-positivismo jurídico?

Não nos parece mais admissível corroborar a concepção externada pelo dispositivo legal em comento. Os princípios como fontes subsidiárias distorce a interpretação que se deseja infundir no Direito privado contemporâneo. Necessário se faz compreender a superação da norma enquanto elemento central da arquitetura jurídica privada, conferindo efetividade aos princípios constitucionais.

Todavia, tal desapego não constitui tarefa fácil. A tradição jurídica alicerçada no positivismo ainda reina quase absoluta. O ocaso dos estudos e debates teóricos do Direito não permite evoluir no sentido de estabelecer uma reflexão em torno das premissas construídas na pós-modernidade jurídica com base no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

Lucas Abreu Barroso

*Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Goiás
Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Membro da Academia Brasileira de Letras Agrárias
Membro da União Mundial dos Agraristas Universitários
Membro da Associação Brasileira de Direito Agrário
Membro do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro
Membro do Instituto "O Direito por um Planeta Verde"*

Uma das mais significativas conquistas da Ciência Jurídica concretiza-se em que, no Estado Democrático de Direito, os princípios adquirem força normativa¹. Com efeito, deixaram de figurar como meras referências éticas no ordenamento jurídico para ocupar a posição de normas vinculantes e transcendentais².

A corrente do pensamento filosófico do Direito denominado pós-positivismo jurídico, fruto do esgotamento do modelo que o antecedeu o positivismo jurídico, oportuniza dessa forma a "superação do conhecimento tradicional"³, sem, contudo, relegar as bases da juridicidade estatal.

Estando estreitamente vinculada a uma releitura hermenêutica do arcabouço positivo, encetada em meados do século passado no limiar da pós-modernidade, procura não a sua ruptura, mas, antes, nele reintroduzir "as idéias de justiça e legitimidade"⁴.

Com efeito, somos compelidos a admitir, numa releitura hermenêutica do ordenamento jurídico, o declínio da imperatividade legal alicerçada na dogmática formalista. Como sustentar, então, a validade do preceito contido no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil? Vale lembrar, *in verbis*: "Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Em semelhante contexto, também o art. 127 do Código de Processo Civil encontra-se amplamente prejudicado por inadequação aos contornos atuais da Ciência Jurídica: "Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei". Nos termos até aqui aduzidos, e em outros fundamentos provenientes de estudo de Francisco Amaral⁵, pode-se de idêntica maneira entender por revogado tal dispositivo.

Certo que a equidade não constitui fonte do Direito, por faltar-lhe o condão criador de normas jurídicas. Outrossim, o diploma processual nem mesmo permite vislumbrá-la como mecanismo para suprir eventuais lacunas da lei, eis que sua

aplicação está reduzida às hipóteses previstas no ordenamento positivo⁶.

Não obstante esses entraves, o princípio da equidade traz em seu bojo a agravante da presunção de igualdade formal. Não se ocupa da análise da igualdade material, conquanto destinada a uma função individualizada e de paridade em sua interpretação e aplicação. Parece acertado inferir que esse valor jurídico está pensado sob a perspectiva da justiça particular, na qual o objeto visado é o bem individual.

Quanto aos precisos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, temos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, postos em ordem preferencial como mecanismos de integração das lacunas das normas jurídicas⁷.

Não podemos deixar prosperar tal compreensão a partir do momento em que o sistema jurídico de Direito privado abre-se para a realidade da vida social e para os ditames constitucionais democráticos.

Continuar reconhecendo na analogia “tão-somente um processo revelador de normas implícitas”⁸ ainda é aceitável, mas os costumes simplesmente como uma fonte jurídica “em plano secundário”⁹ e os princípios gerais de direito como conteúdo normativo “vago em sua expressão”¹⁰ implica relegar a crise que atravessa a teoria das fontes do Direito¹¹.

Tal teoria, pensada numa perspectiva estática e fechada, atribui “às fontes do direito a função primordial de

estabelecer quadros normativos definidos”¹², o que faz resvalar para um “*totalitarismo normativo estatal*”¹³, incompatível com o pluralismo atinente ao arquétipo jurídico do Estado Democrático de Direito.

Esse modelo paradigmático estatal pressupõe não somente uma dinâmica jurídica, como também a afirmação dos princípios constitucionais em contraposição à idéia de princípios gerais de direito¹⁴.

Ocorre que os princípios gerais de direito na compreensão advinda com o pós-positivismo consubstanciam-se nos princípios constitucionais que, como dito alhures, adquirem eficácia normativa, abandonando definitivamente a concepção civilista de princípios e atribuindo-lhes feição juspublicística¹⁵.

Com efeito, os princípios constitucionais irradiam comandos de observância peremptória por todas as estruturas jurídicas¹⁶. Dessa transposição, resultando os princípios constitucionais do Direito privado.

Destarte, parece evidente a revogação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Aos operadores jurídicos caberá evoluir para além do simples cumprimento ou respeito às prescrições ou preceitos estatais.

Comprometidos com as aspirações ideológicas consentâneas à sociedade do seu tempo, não podem se esquivar a uma atuação constante pela efetividade dos princípios constitucionais na seara do Direito privado.

Notas e referências bibliográficas:

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 264 e ss.

² Contrariamente, na velha hermenêutica, de inspiração positivista, os princípios jurídicos revelavam “caráter meramente programático” (*Ibidem*, p. 258).

³ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Orgs.). *Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 44.

⁴ *Ibidem*.

⁵ AMARAL, Francisco. *A equidade no código civil brasileiro*. Revista CEJ, Brasília, n. 25, p. 16-23, abr./jun. 2004. p. 21-22.

⁶ *Ibidem*, p. 22.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 9. ed. adapt. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 111 e ss.

⁸ *Ibidem*, p. 112.

⁹ *Ibidem*, p. 120.

¹⁰ *Ibidem*, p. 125. BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 262. Nas codificações, permeadas que estavam pelo positivismo jurídico, os princípios apresentam-se como “válvula de segurança”, e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos “para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo”.

¹¹ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 26.

¹² *Ibidem*, p. 27.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 263: “A concepção positivista ou histórica [...] sustenta basicamente que os princípios gerais de direito equivalem aos princípios que informam o direito positivo e lhe servem de fundamento”.

¹⁵ *Ibidem*, p. 258-259: “De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais”.

¹⁶ *Ibidem*, p. 275; p. 286 e ss.; p. 289: “O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais”.