



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

ÉRICKA MARQUES LOTT

REVOGAÇÃO DO ART. 4º DA LICC

JUIZ DE FORA

2008

DI 055
MO 00053



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

ÉRICKA MARQUES LOTT

REVOGAÇÃO DO ART. 4º DA LICC

Monografia de conclusão de Curso
Apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Presidente Antônio
Carlos/Juiz de Fora, como exigência para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

JUIZ DE FORA

2008

Dedico este trabalho aos meus filhos, Diego, Daniel e Bruno, que mesmo no fruir da juventude sempre me apoiaram, dando-me, através de seus sorrisos e abraços a força necessária para que eu me mantivesse firme na caminhada. Dedico a minha mãe, que acreditando em meus sonhos, fez com que eles se transformassem em realidade. Dedico à minha neta Letícia, na certeza de que a vida tem sempre algo de muito bom a nos oferecer.

AGRADECIMENTO

Agradeço ao professor e orientador Leonardo Rodrigues Furtado de Mendonça, pelos valerosos ensinamentos repassados, a todos os Mestres que, partilhando, multiplicaram conhecimentos e à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Presidente Antonio Carlos, pelo apoio institucional e pelas oportunidades oferecidas.

A vida nos apresenta caminhos às vezes pedregosos, mas Deus, com sua imensa sabedoria, nos oferece Anjos para apoiar-nos e compreender-nos, buscando amenizar as lategadas que suportamos na caminhada. Agradeço, ainda, ao Rodrigo Abrantes Lamas, que detendo o relógio do tempo, transformou a minha escassez de minutos em admissíveis horas de dedicação aos estudos.

RESUMO

Este estudo tem por objetivo demonstrar a revogação do artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, pautado na evolução apresentada pelo Sistema Jurídico, de uma estrutura fechada para uma estrutura aberta, proporcionada de forma mais efetiva pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. Frente a tal abertura e ascensão dos princípios ao *topos* do ordenamento jurídico, resta suplantada a idéia presente em tal dispositivo legal, que aponta como último critério de integração da norma a aplicação dos princípios gerais do direito, conferindo a estes caráter de subsidiariedade. Tal critério resta agora superado, sendo dado aos princípios caráter preferencial de aplicação.

PALAVRAS CHAVE:

Sistema Jurídico Aberto. A Normatização dos Princípios. Evolução do Direito. Neoconstitucionalismo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
CAPÍTULO I – SISTEMA JURÍDICO.....	09
1.1 A Evolução do Sistema Jurídico – de um sistema fechado a um sistema aberto.....	09
1.2 A Cosntitucionalização do Direito – faces de uma Lei Maior.....	12
CAPÍTULO II – A HERMENEUTICA JURÍDICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO	14
CAPÍTULO III – O PAPEL ASSUMIDO PELOS PRINCÍPIOS.....	16
3.1 A normatividade dos princípios.....	16
3.2 Os princípios norteadores no sistema jurídico aberto – Princípios Constitucionais....	20
CAPITULO IV – ELUCUBRAÇÕES SOBRE O ART. 4º DA LEI DE	26
INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL.....	
4.1 A importância normativa da LICC.....	26
4.2 A sucumbência do Art. 4º frente o Sistema Jurídico Aberto	28
CONCLUSÃO.....	31
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIA.....	32

INTRODUÇÃO

Este estudo acadêmico tem por objetivo analisar o processo de evolução sofrido pela Ciência Jurídica, mais especificamente a partir do início do séc. XX, que se iniciou com o hoje denominado neoconstitucionalismo, ou pós-positivismo. A abordagem do tema concentra-se na análise da aplicação do direito e na efetivação da justiça, de modo a atender as demandas apresentadas pela constante evolução social. A fase que hoje se descortina para a Ciência do Direito nos mostra um sistema repleto de normas incompletas, cláusulas gerais e princípios, que exigem do operador do direito um cuidadoso exercício de interpretação, de modo a aplicar ao caso concreto o verdadeiro espírito da norma, fundamentada em princípios imperativos e de força unificadora.

Entretanto, alguns aspectos, ainda presentes na legislação em vigor, nos mostram certo ranço do positivismo, sistema jurídico anteriormente adotado, e que acaba por alimentar na prática jurídica uma postura avessa ao entendimento glorificado pelo neocostitucionalismo. Dentre estes dispositivos podemos destacar o art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil e o art. 126¹ do Código de Processo Civil, ambos os institutos largamente empregados no dia-a-dia da prática jurídica.

Mas, como diz o velho brocado “não se pode fazer um omelete sem quebrar os ovos”, dado isso, verifica-se certa resistência quanto à adoção de novas técnicas interpretativas, mantendo-se alguns ovos intocados e presentes em nosso ordenamento jurídico, como se a aplicação da norma ainda pudesse dar-se através de argumentos presentes no velho positivismo.

¹ “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.”

O sistema que ora se impõem exige sim, do aplicador do direito, um maior esforço para a concretização da justiça, caberá a ele, e não à norma, apontar as necessidades apresentadas pelo caso que se verifica em análise. Ao operador do direito é dado ponderar, sopesar, valorar, fundamentando-se em todos os princípios determinantes para a aplicação de uma norma ou outra ao fato, visando sempre a realização da justiça, não mais aprisionado ao critério do tudo ou nada ditado por um texto legal fechado, taxativo, que buscava encerrar em si todas as demandas apresentadas pelas mazelas sociais.

A Ciência Jurídica já demonstrou a necessidade de se manter dinâmica, ativa, enérgica, frente aos mesmos requisitos impostos nas relações sociais. Cabe agora ao seu interprete perceber o dinamismo imposto pela realidade e transformar o direito em um instrumento realmente capaz de concretizar a justiça em busca de uma tão aclamada paz social.

CAPÍTULO I - SISTEMA JURÍDICO

1.1– A Evolução do sistema Jurídico - de um sistema fechado a um sistema aberto.

O Sistema Jurídico é visto na ordem atual como sendo um sistema aberto, ou seja, um sistema inacabado, o que faz com que a estrutura e interpretação de todo o sistema jurídico se flexibilize, participando, assim, da mesma natureza do Sistema Social, qual seja, mutante, aberta, inacabada, em constante evolução e reformulamento. A sociedade encontra-se em constante mutação, seja em suas estruturas, em suas relações, desta feita, sendo o Direito ramo da ciência que busca regular e, até mesmo, controlar as relações entre os sociais, deverá ele evoluir juntamente, se não de forma tão dinâmica, ao menos se aproximar da realidade social que objetiva reger.

A necessidade de que o Sistema Jurídico se conduza pela flexibilidade torna-se indiscutível quando se verifica a impossibilidade de regulamentação de tantas novas situações que se proliferam a cada dia, bem como a dificuldade de conhecimento da difusa legislação em vigor, dificuldade esta apresentada não somente pelo cidadão comum, mas, em muitos momentos, vivenciada também pelos operadores do direito. Pode-se mesmo dizer que a máxima contida no Art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), segundo ao qual “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, tenha se transformado em uma espécie de mito, numa sociedade em que a proposta doutrinária se destina a harmonizar o tão intrincado sistema de fontes.

O Sistema Jurídico fechado é representado por aquele que vigia no período anterior, o positivismo, encontrando-se determinado pelos códigos, que tinham por objetivo encerrar

em si todas as relações possíveis de regulamentação jurídica, pormenorizando o texto legal, como que com a pretensão de tornarem-se taxativos, exclusivos. Conforme apresenta Bobbio : “a imagem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O Código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode se afastar.”²

Dentre os códigos, aquele que regulava as relações na esfera civil, era tido como um verdadeiro condutor da vida privada, estando, a tal época, a Constituição limitada às relações público-privadas. A distribuição de papéis entre a Constituição e o Código Civil manteve-se até o início do séc. XX, sendo este um marco histórico desta evolução, quando, enfim, surge a concepção de um sistema jurídico aberto. O direito público e o direito privado constituíam, para a cultura jurídica dominante à época, dois ramos estanques e rigidamente compartimentados. Para o Direito Civil, os Princípios Constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao interprete, que delas poderia timidamente se utilizar, nos termos do Art. 4º da LICC³, como meio de confirmação ou de legitimação de um princípio geral de direito, verdadeira classificação positivista. A norma Constitucional acabava por ser relegada a um elemento de integração subsidiário, aplicável apenas na ausência de norma ordinária específica e após terem sido frustradas as tentativas, pelo interprete, de fazer uso de analogia e de regras consuetudinárias.

Com o pós-positivismo inicia-se o processo de Constitucionalização do Direito, que tem como ponto de partida a Europa do início do século XX, sendo que no Brasil, seu início se dá depois da década de 30, com a maciça intervenção do Estado na economia, em busca de um Sistema Jurídico aberto, inacabado, buscando ditar sua remodelagem em função de um corpo social dinâmico e complexo. O pós-positivismo busca ir além do direito posto, ditado por uma legalidade estrita apregoada pelo sistema até então vigente, o positivismo, em que, como observa Paulo Nalin, “no sistema fechado mostra-se desnecessária qualquer aplicação funcional dos institutos jurídicos componentes, pois ele não se encontra comprometido com valores tais como as idéias do direito e a justiça social, mas sim com o simples funcionamento do próprio sistema”.⁴

Assim, o direito do século XXI distancia-se das propostas de teorias de direito, até então, dominantes. Em primeiro lugar, é oposto ao positivismo, naquilo em que este mais se apoiava. Como todos sabem a estrutura do positivismo sustentava-se pela separação do direito com a moral e a política (e porque não em relação à economia, que não ocupava o papel que ocupa hoje). Em segundo lugar, também se afasta das inconsistências do jusnaturalismo e nos poucos pontos em que

² BOBBIO, Norberto. *Teoria generale Del diritto*. Torino Giappichelli, 1993, p.242.

³ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

⁴ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p.67

poderia ser confundido com ele, pois o neoconstitucionalismo é fundado em propostas de incremento de racionalidade, como a festejada ponderação. Finalmente, e em terceiro lugar, o realismo jurídico e a sua dimensão sociológica não ficam descurados em uma proposta que age sobre o direito útil. (Prof. Eduardo Ribeiro Moreira -Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação.)

Quando se fala hoje em um sistema aberto, busca-se realmente evidenciar a sua ostentação em utilizar-se de mecanismos de interação para com todo o ordenamento jurídico, em que os princípios atuam como condutores de uma determinada ordem jurídica, é representado na jurisprudência dos valores pelos princípios e valores constitucionais. Neste contexto passaram, os Princípios, de uma função meramente subsidiária, em que atuariam como garantidores do ajustamento dos textos legais, suprimindo as lacunas que porventura existissem, para o status de norma jurídica vinculante, atuando como preceito, interferindo nas normas e definindo-lhes o real alcance. Nessa nova interpretação, os Princípios devem encerrar-se como vetores originários de adequação, interpretação e concretização de um sistema jurídico.

Por fim, buscando destacar ainda mais as diferenças de um Sistema Jurídico fechado, positivista, de um Sistema aberto, neoconstitucionalista, apontamos as principais características pertinentes a cada um deles, destacando-as em face de determinado conceito. Tratando-se de **sociedade**, o positivismo firma-se pela hegemonia social, enquanto o neoconstitucionalismo pela pluralidade e aspecto global; quanto a **moral**, o primeiro é monista, sendo o segundo construtivista, guiando todo um discurso jurídico; em relação à **política**, o modelo tradicional pauta-se pelo Estado de Direito, já o modelo atual firma-se em um Estado Constitucional-Democrático de Direito; quanto às **fontes jurídicas**, o positivismo destaca as leis em primeiro plano, enquanto o neoconstitucionalismo coloca com primazia a Constituição e a jurisprudência emanada pelo Tribunal Constitucional; tratando-se da **teoria das normas**, o modelo tradicional apresenta um conjunto de normas com configurações de regras, e a modelo atual aponta os princípios preenchidos pela argumentação jurídica; e, enfim, quanto ao aspecto de **interpretação**, a posição anterior se pauta pela aplicação de métodos dotados de regras próprias, em oposição ao conceito hodierno que busca uma metodologia constitucional ponderada por valores;

1.2– A Constitucionalização do Direito – Faces de uma Lei Maior

O Processo de constitucionalização que veio remodelar o Sistema Jurídico iniciou-se no Brasil com a Constituição da República de 1988, sendo este momento apontado como marco teórico de uma evolução que se desponta com o início do século XX, a denominada Constituição Cidadã, influenciando todos os demais ramos da ciência jurídica. Na Europa o processo de constitucionalização teve seu marco teórico inicial logo após a 2ª Grande Guerra, podendo-se tomar como referências a Constituição Alemã de 1949, a Constituição Italiana de 1947, a Constituição de Portugal de 1976 e, finalmente, a Constituição Espanhola de 1978.

O momento desta nova visão do sistema jurídico, da interpretação e aplicação das normas, se dá com o chamado pós-positivismo, o que no Brasil fez com que a Constituição da República atingisse o patamar mais alto na pirâmide de hierarquia das normas, acarretando grandes transformações, tais como, o reconhecimento da Constituição como norma jurídica de atuação tanto na esfera pública, quanto na seara das relações privadas, o caráter vinculativo de seus dispositivos e a nova hermenêutica jurídica.

Conforme elucida Luiz Roberto Barroso:⁵

A idéia de Constitucionalização do Direito está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.

Com a Constituição de 1988, imbuída no movimento atual do direito, o sistema jurisdicional brasileiro deixou de ter como centro de regulação das relações privadas o Código Civil, passando aquela a ocupar a posição de vetor normativo, que, além de sua preeminência formal, trouxe hegemonia material, atuando com força sistêmica sobre todas as normas infraconstitucionais, irradiando os valores em si esculpidos, os princípios em suas letras abrigados e todas as demais regras ali contidas.

Neste sentido leciona Bobbio:⁶

Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais

⁵ BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. 2005.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste C.J. Santos. 10ª ed, Brasília: UNB, 1997, p.49.

ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma.

Ganhou força no sistema brasileiro a concepção de normatização através de cláusulas gerais. O movimento que ora comanda a evolução do direito e o caminhar no sentido à sua constitucionalização, nos apresenta, cada vez mais, a normatização através de institutos abertos. As cláusulas gerais, segundo Judith Martins- Costa⁷, possuem a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico em dupla perspectiva, sob duplo aspecto, quais sejam, o externo, que viabiliza a adequação valorativa, e o interno, voltando-se a disposições constantes do próprio sistema.

Pietro Perlingieri destaca que “legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao interprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato”.⁸ Aponta-se a cláusula geral como mecanismo de abertura de sistema, registrando-se o relevo da Lei Maior, que em um Estado Constituciuonal-Democrático de Direito, vincula as normas e sua aplicabilidade a princípios, preceitos e valores constitucionais, visto tal diploma apresentar-se organizado com linguagem de ampla extensão e com grande capacidade unificadora e de textura aberta. Ao juiz cabe a sua adequação ao fato concreto, fundamento sua decisão de acordo com valores, princípios jusfundamentais, vinculando sua decisão a critérios expressamente definidos, que traduzem a tábua de valores da sociedade.

A grande mudança que se apresenta com o chamado neoconstitucionalismo é a de que “toda interpretação é interpretação constitucional”⁹, destacando-se a inversão fundamental do papel dos princípios, que de posição secundária, apontados como última fonte subsidiária, passa a ocupar a linha de frente, fonte principal na interpretação e aplicação das leis, estando toda decisão vinculada, fundamentada nos princípios jusfundamentais.

⁷ MARTINS-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo:RT, 1999.

⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Introdução ao direito civil-constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.27

⁹ O tema encontra-se desenvolvido com grande propriedade em artigo do Prof. Eduardo Ribeiro Moreira - Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação.

CAPÍTULO II- A HERMENEUTICA JURÍDICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Inicialmente cumpre destacar a diferenciação que se faz doutrinariamente entre hermenêutica e interpretação, visto tais expressões não serem sinônimas. Maria Helena Diniz¹⁰ afirma trata-se a, hermenêutica, da “teoria científica da arte de interpretar”, ou seja, busca dos vários sentidos que um símbolo pode dispor, decifrando-se a norma jurídica. Quanto à interpretação, tomamos por esclarecimento a definição de Pedro dos Reis Nunes¹¹, que aponta como sendo esta a “técnica”, momento em que o interprete toma contato direto com a norma jurídica, utilizando-se de técnica específica com o objetivo de atingir o seu real conteúdo e significado, sendo um modo de conhecimento que se dá por meio da análise intratexto e extratexto, esta focada no fato social.

Canotilho¹² aponta ser a Constituição um complexo de normas escritas e valores sociais que lhe são permeáveis, como um projeto jurídico, complementando o autor, que a interpretação das normas constitucionais é pautada por regras, princípios e valores, sendo estas de noção variável, possibilitando uma maior abertura na atuação dos operadores do direito.

Destacamos, a partir de então, a interpretação como método, por ser este o aspecto de maior pertinência ao estudo apresentado, visto ser no ato de interpretar que o operador do direito viabiliza a concretização do direito, aplicando-o ao caso em tela.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 18^a Ed, 2002, p. 64.

¹¹ NUNES, Pedro dos Reis. *Dicionário de tecnologia jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 12^a Ed rev amp e atual, 1990, p. 469 e 513

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 127 e 132

Portanto, a interpretação à luz da Constituição consiste em um processo de investigação, compreensão e revelação do conteúdo da norma, conforme preceitos constitucionais. Segundo ensinamento de Paulo Bonavides¹³, com o advento do Estado Social, quando as Constituições assumem a forma de autênticos pactos reguladores de sociedades heterogêneas e pluralistas, arvoradas por grupos de classes com interesses antagônicos e contraditórios, surge uma interpretação constitucional, que “já não se volve para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega a vontade do interprete ou do juiz, num Estado que deixa assim de ser Estado de Direito clássico para se converter em Estado de Justiça, único onde é fácil a união do jurídico com o social(...)”. Os modernos métodos de interpretação constitucional caracterizam-se, pois, pelo abandono do formalismo clássico e pela construção de uma hermenêutica material da Constituição.

A imperiosidade do direito constitucional brasileiro, que surge com sua força normativa, vinculativa, nos leva a duas mudanças de paradigma, quais sejam, o compromisso com a efetividade de suas normas e o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional. Embora se insira no âmbito da interpretação jurídica, a especificidade das normas constitucionais, com seu conteúdo próprio, sua abertura e superioridade jurídica, levou ao desenvolvimento de uma dogmática de interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos, sendo que todo o direito infraconstitucional deve ser interpretado e aplicado sob a luz da Constituição.

A aplicação dos métodos tradicionais de interpretação, tais como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico permanecem, mas acrescidos e, até mesmo, suplantados pela interpretação pautada nos princípios e valores constitucionais, nas normas diretivas traduzidas em verdadeira fonte de valoração. A partir desta nova visão de sistema jurídico, todo o ordenamento se submete às lentes da Constituição, seja na literalidade de seu texto, na interpretação e aplicação ao caso concreto ou, até mesmo, na ponderação da norma. Entretanto, conforme elucida Eduardo Menezes¹⁴ “a concretização da transformação na interpretação se dá nos momentos de aplicação, legitimação e fundamentação dos seus elementos práticos.”

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁴ op.cit, *Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação*.

CAPÍTULO III- O PAPEL ASSUMIDO PELOS PRINCÍPIOS

3.1 - A normatividade dos princípios.

Antes de adentrar especificamente à análise da normatividade dos princípios, julgamos pertinente apontar os sentidos que o termo, de acentuada abstração, possa apresentar. Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁵ salienta que, juridicamente, o mesmo poderá possuir três significados, sendo dois deles de conotação prescritiva e um deles de conotação descritiva. Vejamos as lições do conspícuo constitucionalista:

Os juristas empregam o termo 'princípio' em três sentidos de alcance diferente. Num primeiro, seriam 'supernormas', ou seja, normas (gerais ou generalíssimas) que exprimem valores e que por isso, são ponto de referência, modelo, para regras que as desdobram. No segundo, seriam standards, que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas - ou seja, as disposições que preordenem o conteúdo da regra legal. No último, seriam generalizações, obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias. Nos dois primeiros sentidos, pois, o termo tem uma conotação prescritiva; no derradeiro, a conotação é descritiva: trata-se de uma 'abstração por indução'.

Para se analisar, com completude, o conceito de princípio no Direito, cumpre sejam levantadas, inicialmente, as significações de *princípio* fora do âmbito do saber jurídico para depois adentrar-se nesta área.

Princípio sm [do lat *principiu*]. Ato de principiar; momento em que uma coisa tem origem; começo ou início. Ponto de partida.¹⁶

O dicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹⁷ define *princípio* em várias acepções:

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional do Trabalho - Estudos em Homenagem ao prof. Amauri Mascaro do Nascimento*. Ed. Ltr, 1991, Vol. I, pp. 73-74.

¹⁶ MICHAELIS. *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 1998, p. 1697.

Princípio: 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem [...] 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. P. ext. Base; germe [...]. 6. Filos. Fonte ou causa de uma ação. 7. Filos. Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas etc.

Completando a definição de princípio, a mesma literatura registra: *princípios* – agora no plural -: “Princípios. [...] 4. Filos. Proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado.”¹⁸

Voltando-se agora para o aspecto jurídico que o termo Princípio apresenta, tomemos o ensinamento do insigne jurista DE Plácido e Silva:¹⁹

Princípios, no plural, significam as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa [...] revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie e ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica [...] exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica [...] mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas [...] significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito.

MIGUEL REALE²⁰ afirma que princípios são:

[...] verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

ROQUE ANTÔNIO CARRAZA²¹ afirma que:

[...] princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Importante o precioso ensinamento do Ilustre e Insigne jurista Luiz Antônio Rizzato Nunes²², que assim informa sobre a importância dos princípios constitucionais dentro do cenário jurídico brasileiro:

"E essa influência tem uma eficácia relativa, real, concreta. Não faz parte apenas do plano abstrato do sistema. É de ser levada em conta na determinação do sentido de qualquer norma, como exigência de influência plena e direta. Vale dizer: o

¹⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de H; FERREIRA, Marina Baird. *Dicionário Aurélio Eletrônico* – versão 2.0. Regis Ltda e J. C. M. M. Editores Ltda, 1996.

¹⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de H; FERREIRA, Marina Baird. *Dicionário Aurélio Eletrônico* – versão 2.0. Regis Ltda e J. C. M. M. Editores Ltda, 1996.

¹⁹ SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 639.

²⁰ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 299.

²¹ CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 29.

²² NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5-6.

princípio, em qualquer caso concreto de aplicação de normas jurídicas, da mais simples à mais complexa, desce das altas esferas do sistema ético-jurídico em que se encontra para imediata e concretamente ser implanto no caso real que se está a analisar.

Não é preciso, pois, nada aguardar, nada postergar, nem imaginar que o princípio fique apenas edulcorando o universo ético, como a constelação iluminando o céu. Ele é real, palpável, substancial e por isso está presente em todas as normas do sistema jurídico, não podendo, por consequência, ser desprezado".

Quanto ao papel dos princípios, CELSO BASTOS²³ nos traz a seguinte lição:

[...] nos momentos revolucionários, resulta saliente a função ordenadora dos princípios. [...] Outras vezes, os princípios desempenham uma ação imediata, na medida em que tenham condições para serem auto-executáveis. Exercem, ainda, uma ação tanto no plano integrativo e construtivo como no essencialmente prospectivo. [...] Finalmente, uma função importante dos princípios é a de servir de critério de interpretação para as normas. Se houver uma pluralidade de significações possíveis para a norma, deve-se escolher aquela que a coloca em consonância com o princípio, porque, embora este perca em determinação, em concreção, ganha em abrangência.

A introdução de um novo sistema de normas vem clarificar o papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que a doutrina e a jurisprudência já vinham reconhecendo o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais se tem assegurado eficácia imediata nas relações de direito civil, e hoje abraçados pelo código de 2002. Consolida-se, portanto, o entendimento de que a reunificação do sistema, em termos interpretativos, só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente e central da Constituição.

Com a ascensão da nova ótica de interpretação jurídica, os princípios ganharam um enfoque de destaque e relevância, obtendo o reconhecimento como sendo o principal aspecto a ser considerado, e de caráter preponderante, na análise e aplicação de toda e qualquer norma jurídica. Neste sentido leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:²⁴

(...)violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais (...).

Neste sentido instrui Carlos Ayres Brito, (apud CARRAZA, p.34.) “princípios jurídicos são como os vetores de todo o conjunto mandamental, fontes de inspiração de cada

²³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21ª .ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 55-56.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. Ed. RT, São Paulo, 1980, p. 230

modelo deôntico, de sorte a operar como verdadeiro critério do mais íntimo significado do sistema como um todo de cada qual de sua parte”.²⁵

O Princípio é o determinante de toda norma jurídica, que em sua essência o pressupõe e traça suas diretrizes nele pautada, impõe a sua aplicabilidade, e o seu potencial alcance, disto extrai-se a positividade e a vinculatividade impostas pelos princípios a todo o ordenamento jurídico. No pós-positivismo, os princípios jurídicos deixam de possuir apenas a função integratória do direito, conquistando o *status* de normas jurídicas vinculantes, sendo que aquela norma que se encontra em conflito com os princípios e preceitos constitucionais deverá ser alijada do ordenamento vigente.

A normatividade dos princípios no sistema jurídico que ora se impõe, dada a abertura e flexibilidade experimentada, vem arranjar um conjunto normativo em que a subjetividade do operador do direito se faz atuante na aplicação de normas adjacentes. Enquanto normas positivadas de valores abrangentes, os princípios se impõem como enunciados mandamentais, em face da insuficiência das normas diante dos fatos concretos. A normatividade encontra-se presente por todo o ordenamento jurídico, como que de forma ascendente, exercendo sua influência sobre a estrutura infraconstitucional, o que se é facilmente percebido quando o interprete busca através de um escólio mais detido, abster-se do sentido meramente informativo da norma, penetrando-se nos critérios de valoração máxima das mesmas.

Em suma, conclui-se que a normatividade dos princípios realiza de forma mais plena os imperativos da segurança jurídica e da pretensão de legitimidade que decorre do exercício do direito, exercendo jurisdição que, através da visão neoconstitucionalista do direito, só é possível por meio do recurso aos princípios, única modalidade de norma capaz de, simultaneamente, normatizar a conduta humana e estabelecer uma situação de diálogo com o sujeito cujo comportamento se pretende validar.

²⁵ BRITTO, Carlos Ayres. *Inidoneidade do decreto lei para instituir ou majorar tributos*. InRDP 66/45 apud CARRAZA, ob. Cit. P.34.

3.2 - Os Princípios norteadores no sistema jurídico aberto – Princípios Constitucionais.

Os princípios constitucionais, explícitos ou não no texto da Lei Maior, sintetizam os valores máximos que o ordenamento jurídico traz em sua essência. O Preâmbulo da Constituição da República nos traz em suas primeiras linhas a firmeza e a imperatividade com que os princípios passam a se impor frente ao ordenamento jurídico:

*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.*²⁶

Tais princípios têm por escopo espelhareem a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. São eles que dão unidade e harmonia ao sistema, integrando diferentes partes e atenuando conflitos normativos.

3.2.1 - Princípios de Interpretação Constitucional

Faz-se interessante aqui, antes de abordar os princípios constitucionais, transcrever o pensamento de CANOTILHO:²⁷

(...) a Constituição é, (...) uma lei, configurando a forma típica de qualquer lei, compartilhando com as leis em geral um certo número de características (forma escrita, redação articulada, publicação oficial etc). Mas também, é uma lei diferente das outras: é uma lei específica, já que o poder que a gera e o processo que a veicula são tidos como constituintes, assim como o poder e os processos que a reformam são tidos como constituídos, por ela mesma; é uma lei necessária, no sentido de que não pode ser dispensada ou revogada, mas apenas modificada; é uma lei hierarquicamente superior – a lei fundamental, a lei básica – que se encontra no vértice da ordem jurídica, à qual todas as leis têm de submeter-se; é uma lei constitucional, pois, em princípio, ela detém o monopólio das normas constitucionais.

²⁶ CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2005.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 40, apud ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 100.

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica.

Nos princípios constitucionais, condensam-se bens e valores considerados fundamentos de validade de todo o sistema jurídico.

Na concepção de CELSO BASTOS:

*Os princípios constituem idéias gerais e abstratas, que expressam em menor ou maior escala todas as normas que compõem a seara do direito. Poderíamos mesmo dizer que cada área do direito não é senão a concretização de certo número de princípios, que constituem o seu núcleo central. Eles possuem uma força que permeia todo o campo sob seu alcance. Daí por que todas as normas que compõem o direito constitucional devem ser estudadas, interpretadas, compreendidas à luz desses princípios. Quanto os princípios consagrados constitucionalmente, servem, a um só tempo, como objeto da interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa, como guias a nortear a opção de interpretação.*²⁸

No dizer de Canotilho, (CANOTILHO, 2003, P. 1197) (*in Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Lisboa : Edição Gradiva, 1999). "refletindo a idéia de que a teoria da interpretação é hoje um conjunto de métodos, o catálogo dos princípios tópicos da interpretação constitucional foi desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante (...) e tornou-se ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional."

Os princípios adotados quando do exercício de interpretação realizado pelo operador do direito, denominados princípios constitucionais dentro da visão neoconstitucionalista, devem estar presentes de forma autônoma e, de tão arraigados no espírito do legislador e do aplicador da lei, devem, quase que instintivamente, permear o entendimento descortinado. Doutrinariamente são apontados como princípios constitucionais o da *unidade da constituição*; da *concordância prática*; da *correção funcional*; da *eficácia integradora*; da *força normativa da constituição*; da *máxima efetividade*; da *presunção da constitucionalidade das leis e da proporcionalidade ou razoabilidade*. Passaremos agora a analisar individualmente cada um dos princípios acima salientados:

3.2.1.1. Princípio da *Unidade da Constituição*

A Constituição representa um todo normativo, só podendo ser compreendida e interpretada quando considerada em sua unicidade, sendo um erro a interpretação feita

²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. Cit.*, p. 57.

considerando-se normas isoladas. O conjunto formado por princípios e normas, quando considerados conjuntamente, é que proporcionaria ao operador do direito um entendimento baseado nos valores abraçados pela Constituição, evitando contradições, antinomias, antagonismos entre as normas, entendimentos jurisprudenciais e doutrina. Assim, o intérprete deve sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas, sim, como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.

3.2.1.2. Princípio da *Concordância Prática ou da Harmonização*

Este princípio encontra-se intimamente ligado ao Princípio da Unidade da Constituição, entretanto ele trabalha com a análise de conflitos entre os próprios princípios constitucionais ou entre e os bens pela Lei Maior protegidos. O interesse é de que não se impossibilite a aplicação ou a convivência harmoniosa entre os princípios, e a valoração de cada qual dentro do caso concreto, visto a sua aplicação se verificar exatamente no momento da aplicação do texto legal.

3.2.1.3. Princípio da *Correção Funcional*

O Princípio da Conformidade Funcional tem em vista impedir, em sede de concretização da Constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida, orientando os intérpretes da Constituição no sentido de que, instituindo a norma fundamental um sistema coerente e previamente ponderado de repartição de competências, não podem os seus aplicadores chegar a resultados que perturbem o esquema organizatório-funcional nela estabelecido - como é o caso da separação dos poderes, cuja observância é consubstancial à própria idéia de Estado de Direito.

3.2.1.4. Princípio da *Eficácia Integradora*

O operador do direito diante de determinada situação de fato, deverá levar a título de resolução dos conflitos, a interpretação com foco nos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. O Princípio da Eficácia Integradora busca orientar o aplicador da constituição no sentido de que, ao construir soluções para os problemas jurídico-constitucionais, procure dar preferência àqueles critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração social e a unidade política, porque além de

criar uma certa ordem jurídica, toda Constituição necessita produzir e manter a coesão sócio-política, enquanto pré-requisito ou condição de qualquer sistema jurídico.

3.2.1.5. Princípio da *Força Normativa da Constituição*

Considerando que toda norma jurídica, e não apenas as normas da constituição, precisa de um mínimo de eficácia, sob pena de perder ou sequer adquirir a vigência de que depende a sua aplicação, impõe-se reconhecer que, sob esse aspecto, o Princípio da *Força Normativa da Constituição* não encerra nenhuma peculiaridade da interpretação constitucional, em que pese a sua importância nesse domínio hermenêutico, um terreno onde qualquer decisão, ao mesmo tempo que resolve um concreto problema constitucional, projeta-se sobre o restante do ordenamento e passa a orientar a sua interpretação. Conseqüentemente, deve se dar primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a atualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.

3.2.1.6. Princípio da *Máxima Efetividade*

O Princípio da *Máxima Efetividade* orienta os aplicadores da lei a interpretarem as normas de modo a otimizar a sua eficácia, sendo que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, busque-se vislumbrar a aplicação efetiva de tais direitos. Entretanto o equilíbrio na aplicação de tal princípio deve ser sopesado, tendo em vista que, em determinadas situações a aplicação de determinado princípio em favor de um titular, poderá implicar a simultânea compressão ou sacrifício de iguais direitos a outrem. Impõe-se, portanto, harmonizar a *máxima efetividade* com as demais regras de interpretação, assim como se devem conciliar, quando em estado de conflito, quaisquer bens ou valores protegidos pela constituição.

3.2.1.7. Princípio da *Presunção da Constitucionalidade das Leis*

O Princípio da *Presunção da Constitucionalidade das Leis* apresenta maior aplicabilidade no âmbito do controle da constitucionalidade, consubstanciando a diretriz de prudência política, segundo o qual, os guardiões da Constituição se posicionam em face das

normas infraconstitucionais, optando sempre pelo sentido que viabilize a constitucionalidade das mesmas.

No dizer de Gomes Canotilho, "...no caso de normas polissêmicas ou plurisignificativas, deve-se dar preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição. Esta formulação comporta as seguintes dimensões:

a) o Princípio da *Prevalência da Constituição* impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só se deve escolher a interpretação que não seja contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais;

b) o Princípio da *Conservação das Normas* afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição;

3.2.1.8. Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade

A idéia de proporcionalidade revela-se não só um importante, mas talvez o mais importante dos princípios, sob o aspecto de que viabilizaria a dinâmica de acomodação dos diversos princípios - princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro *topos* argumentativo, ao expressar um pensamento que, além de aceito como justo e razoável, de um modo geral, é de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo

O Princípio da Proporcionalidade se resume na maior satisfação da pretensão de um direito diante da menor restrição possível de outro, estabelecendo que o ônus imposto deve se limitar apenas até a medida do necessário, para que se atinja uma ponderação de valores com o objetivo de harmonizar e equilibrar os direitos que se confrontam. Portanto, o referido princípio é um importante instrumento para o julgador solucionar conflitos de interesses que o ordenamento jurídico não é capaz de realizar diante da rigidez de suas leis inaplicáveis.

No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria idéia de Estado Consatitucional-Democrático de Direito, pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ou equilibrado.

Reza o Princípio da Razoabilidade que a interpretação do texto constitucional não pode levar o interprete a uma posição absurda, insustentável logicamente. Implícito na Constituição Federal de 1988, o Princípio da Razoabilidade, vem sendo cada vez mais aplicado pela doutrina e pelos Tribunais Superiores. Segundo este princípio terá o operador do direito que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, tendo a liberdade de adotar a providência mais adequada dentre aquelas cabíveis, não podendo ele, portanto, transpor os limites estabelecidos em lei. Cabe, então, aplicador da lei, ponderar sobre o que melhor possa atender ao caso específico. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

CAPITULO IV – ELUCUBRAÇÕES SOBRE O ART. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL

4.1 - A Importância normativa da LICC

A Lei de Introdução ao Código Civil sobreviveu à edição de um Novo Código, permanecendo, em grande parte, com sentido atual de seus dispositivos em face ao novo sistema, conservando sua natureza de norma suprema de hermenêutica jurídica. Importante destaque é o que se apresenta nos dizeres de Maria Helena Diniz:

*“É verdadeiramente o diploma da aplicação, no tempo e no espaço, de todas as normas brasileiras, sejam elas de direito público ou privado. Suas normas constituem coordenadas e essenciais às demais normas jurídicas (civis, comerciais, processuais, administrativas, tributárias, etc.), que não produziram efeitos sem os seus preceitos. Não rege as relações de vida, mas sim as normas, uma vez que indica como interpretá-las ou aplicá-las, determinando-lhes a vigência e eficácia, suas dimensões espaciotemporais, assinalando suas projeções nas situações conflitivas de ordenamentos jurídicos nacionais e alienígenas, evidenciando os respectivos elementos de conexão”.*²⁹

A LICC é de publicação posterior ao Código de BEVILÁQUA, datando de 1942, sendo, portanto, autônoma em relação a qualquer outro dispositivo legal. Quando ainda do período de vacância do NCC, cogitou-se, através do Projeto de Lei 243/2002³⁰, a publicação

²⁹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3-4.

³⁰ <http://www6.senado.gov.br/mate/servlet/PDFMateServlet?s=http://www.senado.gov.br/sf/ATIVIDADE/Materia/MateFO.xml&o=DESC&m=52987> – Acessado em 17 de junho de 2008.

de uma nova LICC, tal projeto ainda se encontra em tramitação no Congresso Nacional, entretanto sua última movimentação data de 24/01/07, estando o mesmo em situação de aguardar instalação de Comissão.

O projeto em questão conserva o perfil de lei introdutória autônoma e busca para si, dentro da hierarquia do ordenamento jurídico, o *status* de Lei Complementar, em exposição de motivos do referido projeto destaca-se: “Faz-se necessária uma nova Lei de Introdução do Código Civil, ajustada aos preceitos do novo Código (...)”. Entretanto, quanto ao conteúdo, o Projeto não apresenta alteração substancial a respeito do tema em estudo, tendo sido o art. 4º da Lei em vigor se transformado em parágrafo no Projeto de Lei em análise, conforme abaixo se destaca:

DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 04/09/1942.

Art. 4o Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 243/2002.

Art. 8o Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum.

§ 1o O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade da lei.

§ 2º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, a equidade, os costumes e os princípios gerais do direito.

Como se observa, apesar do interesse em se adequar determinados pontos da lei em vigor, considerados suplantados, às idéias que se descortina através do novo Sistema, motes de vital importância continuam sem a devida apreciação pelos operadores do direito e, principalmente, por aqueles que maior atenção deveriam ter com a unicidade essencial ao bom incremento da ordem jurídica.

4.2 – A sucumbência do Art. 4º frente o Sistema Jurídico Aberto

“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. (art. 4º LICC)

Sendo o ponto nevrálgico deste estudo a condição dos princípios como norma suprema e não subsidiária como se apresenta nos termos do art. 4º da LICC, o debate que ora se apresenta não se estenderá quanto às demais formas de colmatação da norma apresentada no referido artigo, quais sejam a analogia e os costumes.

A idéia apresentada nos termos do Art. 4º da LICC destaca-se como sendo de cunho preponderantemente positivista, posiciona os Princípios Gerais do Direito a condição subalterna de aplicação, até mesmo em relação a analogia e aos costumes, visto que, autoriza o artigo quando a analogia e o costume falham no preenchimento da lacuna, o preponderante magistrado supre a deficiência da ordem jurídica, adotando princípios gerais do direito. Em contradição ao que se apresenta como sendo a própria definição do termo principio, conforme abaixo se destaca:

“Princípio, do latim principium, é um som, uma voz, que projeta e idéia de pressuposto, começo, origem, início, ponto de partida. Daí a célebre frase de Gaius: ‘o princípio é a parte mais importante de qualquer coisa’ (Digesto, 1,2,1). Trasladando para a esfera jurídica a noção genérica de princípio, pode-se dizer que ele é o enunciado lógico extraído da ordenação sistemática e coerente de diversas disposições normativas, postando-se como uma norma de validade geral, cuja abrangência é maior do que a generalidade de uma norma particularmente tomada.”³¹

O Código Civil, em vigor desde 11 de janeiro de 2003, representa para o Direito positivo uma evolução significativa. É certo que os avanços apresentados no texto normativo, em sua maioria, evoluíram no sentido de dispor certos artigos através de institutos abertos e/ou abalizado em princípios, o que se derivou de construções doutrinárias e jurisprudenciais, já sedimentadas ao longo do tempo, tendo o legislador a felicidade de captar e incorporar ao Direito positivo essa evolução do pensamento jurídico.

Já Lei de Introdução ao Código Civil, por conter normas reguladoras de outras normas vem sendo adotada como se imune estivesse à evolução de toda a Ordem Jurídica, sob certo aspecto pode-se até considerar que a ação do tempo não tenha, a ela, realizado tamanhos

³¹BULOS, Uadi Lammêgo .*Constituição Federal Anotada*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37

estragos, pois suas diretrizes de aplicação das normas jurídicas conservaram a eficácia frente ao Estatuto Civil de 2002. Entretanto a condição de supremacia hoje apresentadas pelos princípios e o tratamento a eles dispensados pelo novo diploma legal, haja vista o destaque apontado aos princípios da socialidade, eticidade, operabilidade e boa-fé, que ora norteiam o aplicador do direito, conferindo ao julgador um grau de discricionariedade sem precedentes, na aplicação do Direito ao caso concreto, não se harmonizam com o status conferido aos princípios pelo art. 4º da LICC.

O Sistema Aberto do Código de 2002 destacou a função do magistrado na concretização do Direito. O legislador foi sábio quando reservou à atividade judicante o importante papel de manter a atualidade da lei, evitando que ela se distancie dos fatos sociais sob sua égide. O ideal positivista, de plenitude do ordenamento jurídico, defendido por Kelsen, sucumbiu a dispositivos de leis que reconhecem expressamente a existência de lacunas no Direito e a utilização pelo legislador de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados, como acontece nos casos em que se exige boa-fé, correção e probidade, permitindo ao julgador uma larga margem de ação para alcançar a tão desejada concretude normativa, ou seja, a efetividade da norma jurídica aplicável ao caso concreto.

A Lei de Introdução ao Código Civil foi mantida como sendo atual, entretanto há de se discutir tal atualidade e recepção de seu art. 4º pelo ordenamento jurídico baseado em uma supremacia dos princípios e da norma constitucional, franqueados pela constitucionalização do direito privado. A adoção dos princípios como fontes subsidiárias, baseada em uma resistência jurídica cultural, desvirtua todo o entendimento guinchado pelo neoconstitucionalismo, em que a mera interpretação e aplicação da norma, encontram-se superadas pelo complexo interpretativo que se avulta diante de uma hermenêutica pós-positivista. É este o entendimento que se depreende das palavras em destaque do Prof. Lucas Barroso:³²

“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 Estado Democrático de Direito.”

Sendo assim, o operado do direito não pode mais fechar os olhos ao que grita a mais conceituada doutrina e, principalmente, à imperatividade da constitucionalização do direito

³²BARROSO, Lucas Abreu. *Situação atual do Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil*. http://www.esdc.com.br/artigosRBDC/rbdc5_236.html

privado, que faz sucumbir toda a crença positivista, estática, engessada em suas normas cravadas pela taxatividade e inflexão de um sistema ditatorial. Esse é o entendimento trazido pelo ilustre Prof. Lucas Barroso³³:

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 pode se esquivar a uma atuação constante pela efetividade dos princípios constitucionais na seara do Direito privado.

Finalizando, permanece o questionamento apresentado pelo mesmo autor: “Como sustentar, então, a validade do preceito contido no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil?”.

³³ Op.Cit, Situação atual do Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

CONCLUSÃO

Concluído o presente estudo, é possível apontar as seguintes constatações:

I – O Sistema Jurídico Aberto trata-se de uma realidade, devendo ser absorvido como, se não a melhor, a forma mais plausível de se buscar a justiça ao caso concreto, pois flexibiliza-se em busca de aproximar-se o quanto mais à realidade social, dinâmica e mutável.

II- A supremacia dos princípios vem de encontro com nova técnica interpretativa, consolidando os valores constitucionais determinantes em todo o ordenamento jurídico, possibilitando a existência de um sistema unificado, em contrapartida ao positivismo que proclamava a blindagem da norma e o engessamento de todo sistema.

III- As normas remanescentes do positivismo deverão ser interpretadas de modo a se adequarem à nova proposta hermenêutica, os preceitos nela determinados não podem impingir ao operador do direito uma postura de interpretação que viole a supremacia dos princípios e melhor adequação das normas ao caso concreto.

IV – O art. 4º da LICC encontra-se tacitamente revogado, visto apresentar a estrutura pautada em um pensamento positivista, colocando os princípios como forma subsidiária de interpretação, propalando a utilização dos mesmos somente quando da lacuna da lei e, depois de empregadas a analogia e as normas consuetudinárias.

REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICAS

- 1 - ARAÚJO, Nádia. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006- Cap. 06.
- 2 - BARROSO, Lucas Abreu. *Situação atual do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil*. São Paulo, 2005< <http://www.esdc.com.br/publicacoes.htm>>. Acesso em 08 jan 2007.
- 3 - BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro . Jus Navegandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 03 jan. 2007.
- 4 - _____. Neoconstitucionalismo O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista Consultor Jurídico, 26 de abril de 2006
- 5 - _____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. 2005.
- 6 - BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21ª .ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 55-56.
- 7 - BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste C.J. Santos. 10ª ed, Brasília: UNB, 1997, p.49.
- 8 - BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros,2004.
- 9 - BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*.São Paulo:Saraiva,2005.
- 10 - BRITTO, Carlos Ayres. *Inidoneidade do decreto lei para instituir ou majorar tributos*. InRDP 66/45 apud CARRAZA, ob. Cit. P.34.
- 11 - BULOS, Uadi Lammêgo .*Constituição Federal Anotada*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37
- 12 - CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52 e 53
- 13 - _____. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 40, *apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 100.
- 14 - CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Editora Coimbra, 2002, p. 92
- 15 - CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 29.

- 16 - CATLAN, Marcos Jorge. Do conflito existente entre o modelo adotado pela Lei 10.406/2002 (CC/2002) e art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil. *Revista de Direito Privado* n 25. São Paulo: RT, 2006.
- 17 - DALLEGRAVE NETO, J. A. Sistema jurídico e proeminência da Constituição. *Revista Trabalhista da Anamatra*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 127-153, 2003.
- 18 - DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 18^a Ed, 2002, p. 64.
- 19 - DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3-4.
- 20 - FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003
- 21- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional do Trabalho - Estudos em Homenagem ao prof. Amauri Mascaro do Nascimento*. Ed. Ltr, 1991, Vol. I, pp. 73-74.
- 22 - FERREIRA, Aurélio Buarque de H; FERREIRA, Marina Baird. *Dicionário Aurélio Eletrônico* – versão 2.0. Regis Ltda e J. C. M. M. Editores Ltda, 1996.
- 23 - MARTINS-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 1999.
- 24 - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. Ed. RT, São Paulo, 1980, p. 230
- 25 - MICHAELIS. *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 1998, p. 1697.
- 26 - NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004
- 27 - NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Jarua, 2001, p.67
- 28 - NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5-6.
- 29 - NUNES, Pedro dos Reis. *Dicionário de tecnologia jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 12^a Ed rev amp e atual, 1990, p. 469 e 513
- 30 - PERLINGIERI, Pietro. *Introdução ao direito civil-constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.27
- 31 - REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 299.
- 32 - SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 18^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 639.
- 33 - TARTUCE, Flávio. Breve estudo das antinomias ou lacunas de conflito. Artigo originalmente elaborado no segundo semestre de 2003. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>> Acesso em 11 jan.2008.

34 - _____. *Direito Civil – Lei de Introdução e Parte Geral*. 2 ed. São Paulo: Método, 2006

35 - TOVAR, Leonardo Zehuri. O papel dos princípios no ordenamento jurídico. Jus Navegandi, Teresina, ano 9, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em: 03 jan. 2007

37