

## A NÃO RECEPTIVIDADE DO ARTIGO 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL PELA DEMOCRACIA CONSTITUCIONALIZADA

Roberta Beatriz Bernardes<sup>1</sup>

Roberta Toledo Campos<sup>2</sup>

Valéria Ilona Bakô<sup>3</sup>

### RESUMO

Trata-se da proposta de pesquisa que objetiva uma abordagem constitucional e processual do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC), argumentando sua não receptividade a partir do marco teórico Estado Democrático de Direito definido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A abordagem constitucional será realizada para discutir sobre a eficácia normativa dos princípios (DWORKIN, 1999, p. 73) e sua aplicabilidade no atual marco teórico, bem como o questionamento sobre inconstitucionalidade pelo estudo da Hermenêutica Constitucional (CATTONI, 2004, p.36) e aprofundamento nas reflexões sobre o Controle de Constitucionalidade (DEL NEGRI, 2003, p. 55). No âmbito processual, o referido tema será discutido em face da legitimidade do direito pelo devido processo constitucional e pela obrigatoriedade da fundamentação das decisões jurisdicionais (LEAL, 2008, p.97). Assim, as críticas ao artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro terão como objetivo a discussão e a fundamentação da sua não receptividade pela Constituição Federal de 1988, por contrariar princípios constitucionais e o espaço de discursividade processualizado do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Legitimidade do Direito. Discursividade. Teoria Neo-institucionalista.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Em busca da legitimidade – 3. Estado Democrático de Direito e Princípio da Legalidade – 4. A releitura do art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – 5. O preenchimento de lacunas por meio da integração: algumas considerações críticas – 6. Considerações Finais – 7. Referências.

---

<sup>1</sup> Aluna da Especialização em Direito e Processo do Trabalho da Universidade de Uberaba. <bebetabernardes@hotmail.com>

<sup>2</sup> Professora do curso de Direito da Universidade de Uberaba (UNIUBE); Coordenadora da Especialização em Direito Processual Democrático e da Especialização em Direito e Processo do Trabalho. Endereço: <roberta.toledo@uol.com.br>

<sup>3</sup> Aluna do 5º Período do Curso de Direito da Universidade de Uberaba. <ilonabako@yahoo.com.br>

<sup>3</sup> Aluna do 5º Período do Curso de Direito da Universidade de Uberaba. <ilonabako@yahoo.com.br>

## 1 INTRODUÇÃO

O Controle de Constitucionalidade é um tema bastante complexo para o Direito, porém, de extrema necessidade para a construção de um sistema jurídico legítimo e adequado ao paradigma de Estado acolhido pela atual Constituição Federal. Diante disso, todo o ordenamento jurídico deve passar por uma filtragem constitucional procurando se adequar ao marco teórico definido. Assim, os institutos jurídicos incompatíveis com o paradigma de Estado adotado, devem ser revogados ou reformados para se adequarem à realidade fática.

Com a Constituição Federal de 1988, o direito passa por uma democratização na qual o cidadão se auto-insere no sistema sendo autor e destinatário da norma (DEL NEGRI, 2009, p. 23). A definição de Estado Democrático de Direito foi primordial para compreender o processo como instituição constitucionalizada que se define pela conjunção de princípios constitucionais para assegurar a criação, o exercício e o reconhecimento de direitos pela estrutura dos institutos procedimentais criados em lei. Além destes conceitos, um estudo da Hermenêutica Constitucional possibilitou a construção de um sistema jurídico composto de regras e princípios, dando a este último caráter normativo. (DWORKIN, 1999, P.110).

É neste contexto que parte a análise do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>4</sup>, suscitando a sua não receptividade pela Constituição Federal de 1988. Em uma abordagem histórica, vale ressaltar que referida legislação foi criada em 1942, no paradigma de Estado Social, com a nomenclatura de Lei de Introdução ao Código Civil. Neste, os textos normativos eram interpretados pelo juiz, cabendo-lhe solitariamente construir a decisão com fundamento na equidade e no bem comum. O processo era, então, atividade jurisdicional exercida pela figura solipcista do julgador. Tais decisões deste paradigma não contemplam os requisitos da legitimidade, positividade e fundamentação, bem como não observa quaisquer das atuais garantias fundamentais-constitucionais, pois apresentam como fundamento critérios metajurídicos advindos de ato discricionário do julgador (LEAL, 2007, p.116).

Além disso, vale ressaltar que no artigo em questão, os princípios gerais do direito devem ser aplicados de forma subsidiária para suprir as lacunas da lei ou informar o sistema, já que não são positivados. Tal acepção é inconcebível no atual paradigma que definiu o

---

<sup>4</sup> A alteração meramente na nomenclatura é de redação do **Decreto-Lei 12.376/2011**.

caráter normativo dos princípios, elevando-os a status constitucional via fundamentação de todo o sistema jurídico (HÄBERLE, 1997, p. 75).

As decisões jurídicas, no espaço democrático, devem ser construídas pelas partes por meio do devido processo constitucional que assegura o contraditório, a ampla defesa e a isonomia (LEAL, 2007, p. 106). No entanto, no contexto do artigo 4º da LINDB, as decisões não têm sempre como fundamento as normas jurídicas, mas conceitos axiológicos advindos do senso de justiça e clarividência do julgador sem qualquer espaço para uma discursividade processualizada.

Por tudo isso, admitir ao juiz em casos de lacuna da lei decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito supra positivos rompe com as garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito tais como: legalidade, ampla defesa, contraditório, isonomia e fundamentação das decisões.

## **2 EM BUSCA DA LEGITIMIDADE**

A República Federativa do Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a constituir-se em Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF), o qual tem como principais fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF).

Diante disso, faz-se imprescindível questionar e discutir o Direito na perspectiva do atual marco teórico democrático (Estado Democrático de Direito), o qual é o referencial de testificação das teorias, ou seja, possibilita a refutação de erros e ideologias no discurso do esclarecimento científico.

A testificação de teorias (POPPER, 1999, p.122) proposta pela atual democracia constitucionalizada permite verificar a legitimidade (DEL NEGRI, 2009, p. 173) e a receptividade de certos dispositivos legais em face da nova ordem jurídica (CF/88).

Nesse sentido, é que faremos um questionamento crítico acerca do art. 4º, do Decreto-Lei nº 4657/42, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (redação dada pela Lei nº 12.376/10), a fim de se verificar ou não a sua receptividade pela Constituição Federal de 1988, sobretudo, pelo art. 5º, II, do texto constitucional.

Referido art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, assim dispõe: *“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os*

*princípios gerais de direito.*” Cabe analisar, assim, se tal preceito é compatível com a atual democracia constitucionalizada brasileira.

### 3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A interpretação do Direito está intimamente ligada com os paradigmas jurídicos, pois eles refletem a forma pela qual a linguagem se estrutura em um determinado momento histórico; LEAL (2002, p. 25). Além disso, eles são referenciais normativos que testificam teorias, buscando-se, assim, verdades provisórias, ou seja, verdades passíveis de uma nova problematização.

A fim de delimitar o emprego da expressão *paradigma*, WALTER (2008, p. 24) esclarece o seguinte:

Uma incursão interdisciplinar pelos estudos de Kuhn a partir da teoria do método popperiano (hipotético-dedutivo, crítico-eliminacionista) desinflationaria a sobrecarga signíca de *paradigma* por restrição de seu emprego à “proposição normatizada do exercício crítico” de um dado discurso conformador das bases investigativas da “importância, funções e conceito do Estado e dos direitos fundamentais nos processos de integração social” das sociedades não-democráticas e “jurídico-políticas de direito democrático”.

Pode-se dizer que paradigmas jurídicos são marcos teóricos, ou seja, são referenciais jurídico-políticos com modos peculiares de produção e aplicação dos direitos fundamentais.

Com o advento do atual paradigma jurídico-político (art. 1º, *caput*, CF/88), os princípios constitucionais passam a ter força normativa plena, ou seja, além de comporem a base estrutural do ordenamento jurídico, são preceitos norteadores da elaboração e da aplicação do direito.

Dentre eles, destaca-se o Princípio da Legalidade (art. 5º, II, CF/88), o qual possui como desdobramentos o Devido Processo Legal e a Reserva Legal.

A exigência de um Estado Democrático evidencia que a lei só poderá ser produzida, aplicada e reconstruída de forma democrática (DEL NEGRI, 2009, p. 73). Nesse sentido, cabe destacar que a sua criação deve ser feita em um espaço procedimental de discursividade indexado ao Devido Processo Legislativo cujos princípios institutivos são a ampla defesa, o contraditório e a isonomia (DEL NEGRI, 2009, p. 264).

Já no momento de aplicação do direito, cabe ao cidadão interpretar as normas jurídicas também num amplo espaço procedimental de discursividade demarcado pelo Devido Processo

Legal (art. 5º, LV, CF/88). Nesse espaço, não há que se falar em uso de analogia no caso de omissão da lei, tendo em vista que tal prática viola o princípio da legalidade.

Isso se explica pelo fato de que o direito a ser criado e aplicado na Democracia Brasileira só é legítimo se observado o Devido Processo Constitucional (nele compreendido o Devido Processo Legislativo e o Devido Processo Legal). Nesse sentido, as decisões a serem proferidas pelo Judiciário não podem ser fundamentadas com base em costumes e princípios gerais de direito, já que estes são argumentos metajurídicos, que possibilitam a prática de um decisionismo amparado pelo subjetivismo e pela discricionariedade do julgador.

Não há que se falar também em lacunas no ordenamento jurídico e nem em consequente aplicação de analogia, visto que a Constituição Federal de 1988 prevê um vasto rol de princípios constitucionais com força normativa plena. Além disso, na ausência de norma regulamentadora do exercício de direitos, o art. 5º, LXXI, CF, prevê o Mandado de Injunção como meio de se buscar a construção compartilhada de uma decisão que torne viável e que regulamente, no caso concreto, o exercício dos direitos fundamentais, em atendimento ao princípio da dignidade humana.

O cidadão, destinatário e co-autor do conteúdo das normas, tem o direito de, com base em suas teorias demarcadas pelo atual marco teórico democrático, construir, de forma compartilhada com o juiz, toda e qualquer decisão que possa afetar a sua vida.

#### **4 A RELEITURA DO ART. 4º, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO**

O texto previsto pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi elaborado sob a égide do Estado de Direito Social. Nesse marco teórico, marcado por um Estado fortemente interventor e paternalista, os cidadãos, ao invés de agirem como co-autores de sua existência em sociedade; através de efetiva participação na construção do Direito que regula esta sociedade; comportavam-se como meros espectadores das imposições estatais (DEL NEGRI, 2009, p.71). Carlos Walter (2008, p. 43) assim esclarece:

Prescindindo a soberaneidade do legislador liberal, a Jurisdição do Estado Providência avultou-se como gestora da aplicabilidade de normas programáticas segundo a vidência do julgador protagonista de um povo coadjuvante destinado à “relação processual em situação de sujeição ao juiz”.

Nesse contexto jurídico-político, conforme se infere do art. 4º, da legislação ora em debate, o legislador conferiu ao intérprete e aplicador do Direito a possibilidade de preencher

as lacunas do sistema jurídico por meio da integração – “atividade supletiva” – (BARROS, 2011, p. 114).

Assim preceitua o mencionado dispositivo legal:

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.

Com a leitura de tal preceito, verifica-se que este é composto por termos vagos e indeterminados, carentes de significado, ou seja, são “palavras sem embasamento teórico que não demarcam o discurso jurídico” (DEL NEGRI, 2009, p. 377).

O que são os princípios gerais de direito? Como ainda admitir a aplicação de analogia e costumes no direito democrático brasileiro?

Ao acompanharmos as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação e dimensão dos direitos fundamentais podemos observar que tem crescido de forma exponencial a utilização de um instrumento importado do direito constitucional alemão, a ponderação de bens e valores; que se alicerça, se é que podemos dizer assim, no “princípio da proporcionalidade”.

Esta principiologia dos horrores é mantenedora da subjetividade das decisões e encontra no art. 4º da LINDB, um suposto fundamento legal; dizemos “suposto” pois o que resta comprovado é que tal artigo de lei sequer foi recepcionado pela Constituição Federal vigente, e está em vigor apenas pela inépcia ou descuido epistemológico (corrigível com estudo e pesquisa) do legislador.

Sendo assim, faz-se imprescindível uma releitura crítica do art. 4º, da Lei de Introdução às Normas Brasileiras, a fim de se analisar a sua compatibilidade ou não com a atual ordem democrática constitucionalizada.

## **5 O PREENCHIMENTO DE LACUNAS POR MEIO DA INTEGRAÇÃO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS**

Na lição de Alice Monteiro de Barros (2011, p. 116), a autointegração é o preenchimento de lacunas da lei, utilizando-se da analogia; já a heterointegração da lei consiste em preencher essas lacunas, recorrendo-se à equidade, aos costumes, aos princípios gerais de direito, à doutrina e à jurisprudência.

Estes mecanismos de integração do direito; reiteramos; possibilitam ao juiz aplicar o direito de forma solipsista e discricionária. Nesse sentido, o julgador construirá decisões

conforme o seu subjetivismo, ou seja, suas teses serão embasadas em meros argumentos metajurídicos, carecedores de qualquer fundamento científico.

Essas decisões estão vinculadas a critérios subjetivos do julgador e não ao princípio do discurso (Devido Processo Constitucional).

Conforme esclarece Del Negri (2009, p. 382), “o contornar das lacunas (se é que elas existem) não pode ser feito com fundamentos na analogia que se beneficia de uma equidade só perceptível pelo juiz”.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O art. 5º, *caput*, CF/88, preceitua que *todos* são iguais perante a lei e a eles são garantidos os direitos fundamentais estabelecidos por seus incisos. Dentre eles destaca-se o Devido Processo Legal.

Em razão disso, o Direito deve ser discutido, aplicado e recriado na perspectiva do Estado Democrático de Direito, o qual garante que todos os cidadãos sejam coautores das decisões proferidas pelo judiciário.

Nesse sentido, como esclarece Del Negri (2009, p. 385), não há que se falar em uso de analogia no atual marco teórico democrático, tendo em vista que tal mecanismo de integração se configura como um critério de decisão desindexado das formas de legitimação do Direito (Devido Processo Legislativo e Processo Constitucional).

Como aponta Rosemiro Pereira Leal (2005, p. 101):

A partir do momento histórico em que a Constituição se proclama condutora de uma Sociedade Jurídico-Política sob a denominação de Estado Democrático de Direito, como se lê no art. 1º da CR/88 do Brasil, é inarredável que, pouco importando o que seja o existir brasileiro, o mundo jurídico institucionalizado do Brasil é o contido no ordenamento constitucional e não mais das estruturas morais, éticas e econômicas do cotidiano nacional.

Faz-se imprescindível ressaltar que a Constituição Federal de 1988 já traz em seu corpo todos os direitos e garantias fundamentais do cidadão, cabendo ao legislador regulamentar algumas normas constitucionais de acordo com o Devido Processo Legislativo. Além disso, na ausência de alguma regulamentação específica, cabe ao intérprete do direito utilizar-se dos princípios constitucionais.

Para Del Negri (2009, p. 386), “percebe-se que, na contemporaneidade, dificilmente se pode falar em lacuna da lei, uma vez que os princípios constitucionais concorrem para a solução dos casos em discussão no Judiciário”.

O uso da analogia, além de permitir a construção de decisões judiciais embasadas em argumentos metajurídicos, viola os princípios constitucionais da legalidade, igualdade e discursividade, prejudicando, portanto, a existência digna dos cidadãos.

## **NOT RESPONSIVENESS OF ARTICLE 4 OF THE LAW OF INTRODUCTION TO CIVIL CODE FOR DEMOCRACY CONSTITUTIONALIZE**

### **ABSTRACT:**

*This is the research proposal that aims for a constitutional approach and procedure of Article 4 of the Introductory Law to the Standards of Legal Studies (formerly LICC), arguing their non responsiveness from the theoretical framework of a democratic state defined by the Federal Constitution of Brazil in 1988. The constitutional approach is held to discuss the effectiveness of normative principles (Dworkin, 1999, p. 73) and its applicability in the current theoretical framework, as well as questions about the study of constitutionality Constitutional Hermeneutics (Catton, 2004, p.36) and further reflections on the Judicial Review (Del Negro, 2003, p. 55). Procedural matters, that will be discussed in view of the legitimacy of law and constitutional due process requirement of the grounds of judicial decisions (LEAL, 2008, p.97). Thus, the criticism of Article 4 of Law Introduction to Legal Studies Standards will aim to discuss the rationale for their non-responsiveness by the Constitution of 1988, because it contradicts constitutional principles and the discursive space processualizado the democratic rule of law.*

**Keywords:** Control of constitutionality. Legitimacy of Law. Discursivity. Neo-institutionalist theory.

### **7 REFERÊNCIAS:**

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR Editora Ltda., 2011.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

NEGRI, André Del. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

POPPER, Karl. **Conhecimento Objetivo**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.



WALTER, Carlos. **Discurso Jurídico na Democracia.** Processualidade Constitucionalizada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

ALMEIDA, Andréa Alves de. Processualidade jurídica e legitimidade normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2005. 149p.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre a faticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, volume I e II.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Processual da Decisão Jurídica. São Paulo: Landy, 2002.

NEGRI, André L. Del. Controle de Constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

WALTER, Carlos Humberto. Apontamentos para a compreensão do discurso jurídico da democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.