

LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO: UM RESQUÍCIO JURÍDICO DA HERMENÊUTICA TRADICIONAL

LAW OF INTRODUCTION TO THE RULES OF BRAZILIAN LAW: A JURIDICAL HOLDOVER OF THE TRADITIONAL HERMENEUTICS

Alice Pompeu Viana*

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar os critérios interpretativos adotados pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB - demonstrando a incompatibilidade da mesma ante o sistema hermenêutico interpretativo adotado no Brasil após a Constituição Federal de 1988. Este artigo explanará que após a promulgação da Constituição Federal a lei perde a sua posição de destaque, cedendo-a à Constituição. Neste passo, demonstrar-se-á que não há como admitir, na sistemática de interpretação e aplicação da lei o poder discricionário dos juízes, o livre convencimento e a livre apreciação das provas, previstos em dispositivos como o artigo 4º da LINDB e o artigo 126 do Código de Processo Civil. Ademais, buscar-se-á demonstrar que, diante da mudança do paradigma interpretativo, os princípios passaram a ocupar posição de destaque e tiveram reconhecido o seu grau de normatividade, de modo que a LINDB não reflete a orientação hermenêutica filosófica do direito moderno em que os princípios constitucionais encontram-se em posição hierarquicamente superior à lei.

PALAVRAS CHAVE: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; Artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; Não Recepção; Interpretação da Lei; Constitucionalismo Contemporâneo; Hermenêutica Filosófica; Princípios.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the interpretive criteria adopted by the Law of Introduction to the Standards of Brazilian Law demonstrating the incompatibility of the same before the hermeneutic interpretive system adopted in Brazil after the 1988 Constitution. This article will explain that after the promulgation of the Constitution the law loses its prominent position, ceding it to the Constitution. Thus, it will demonstrate that it is not admitted, in the systematic of interpretation and application of the law, the discretionary power of the judges, the free conviction and free assessment of evidence provided in devices like the art. 4th of Lindb and art. 126 of the Code of Civil Procedure. Furthermore, it will seek to demonstrate that, given the paradigm shift , interpretative principles came to occupy a prominent position and had recognized its degree of normativity, so LINDB does not reflect the philosophical hermeneutics guidance of modern law that constitutional principles are in hierarchically superior position.

* Advogada, Professora do Centro de Ensino Superior do Vale do Parnaíba - CESVALE. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Público da UNISINOS/ Turma Especial Interinstitucional (MINTER) – UNISINOS/FACID. Residente na Rua Doutor Moises Pimentel Neto, 20 - Campestre, Teresina - [PI: alice@cesvale.com](mailto:alice@cesvale.com). (86) 94755048.

KEYWORDS: Law of Introduction to the Standards of the Brazilian Law; Article 4 of the Law of Introduction to the Standards of the Brazilian Law; No reception; Interpretation of Contemporary Law Constitutionalism; Philosophical Hermeneutics; Principles.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende a análise dos critérios interpretativos e integrativos da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), um resquício da hermenêutica tradicional.

Neste passo, para satisfazer o propósito, inicialmente será feita uma análise técnica daquele instrumento normativo, bem como o posicionamento (equivocado) da doutrina brasileira acerca da LINDB.

Também será necessária uma breve discussão acerca das mudanças de paradigmas ocorridas desde o jusnaturalismo, passando-se pelo positivismo, até a era do pós-positivismo, também conhecido como Constitucionalismo Contemporâneo, que, no Brasil, se inaugurou com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Observar-se-á que uma das principais características desse Constitucionalismo Contemporâneo é o fato de que a lei perde a sua posição de destaque, cedendo-a à Constituição, que agora se situa no topo do ordenamento jurídico, e que, contudo, essa mudança de paradigma apresentada ainda não teve a devida recepção no campo da filosofia e da hermenêutica no cotidiano das práticas judiciais e doutrinárias brasileiras.

É que, se, com o Constitucionalismo Contemporâneo, os princípios passaram a ocupar posição de destaque e tiveram reconhecido o seu grau de normatividade, o que não se coaduna com a admissão do poder discricionário dos juízes, do livre convencimento e da livre apreciação das provas, previstos em dispositivos como o art. 4º da LINDB e o art. 126 do Código de Processo Civil.

Por fim, demonstrar-se-á porque a LINDB não reflete a orientação hermenêutica filosófica do direito moderno em que os princípios constitucionais encontram-se em posição

hierarquicamente superior à lei, e, assim, devem orientar a interpretação não somente quando do surgimento da omissão da norma.

1 O PAPEL DA LEI DE INTRODUÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO COMO DEFINIDORA DE CRITÉRIOS PRÉVIOS DE INTEGRAÇÃO E INTERPRETAÇÃO

1.1 A Lei de Introdução às Normas do Direito de Brasileiro: conceito e áreas de atuação no ordenamento jurídico brasileiro

Nos moldes expostos pelos doutrinadores brasileiros, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) é uma lei introdutória de todo o sistema jurídico positivo, sendo definida como “lei das leis”. Neste passo, sua função é regular a própria norma jurídica, tendo em vista a sua elaboração, vigência, obrigatoriedade, interpretação, integração, aplicação no tempo e no espaço, bem como as regras relativas ao Direito Internacional Privado (DINIZ, 1997, P. 5), pretendendo-se como reguladora de todo o ordenamento.

No que se refere ao tema, assevera José Jairo Gomes (2012, P.9):

Inspirada na apurada técnica alemã, a LINDB constitui um corpo de regras cujo objeto é a interpretação e aplicação de normas jurídicas. Por isso, diz-se que apresenta natureza de *meta-norma*, isto é, norma sobre normas. Ademais, contém princípios de Direito Internacional Privado, sendo uma das principais fontes internas deste ramo da ciência jurídica. Não é seu objetivo reger o comportamento e as relações entre as pessoas, bem como situações concretas, criando, alterando ou extinguindo situações jurídicas ou direitos subjetivos, mas sim coordenar a incidência, a interpretação e aplicação da norma jurídica.

Nos dizeres de Pablo Stolze Gagliano e de Rodolfo Pamplona Filho (2012, P. 99), sua função, portanto, não é, tecnicamente, reger relações sociais,

mas sim as normas, uma vez que indica como interpretá-las ou aplicá-las, determinando-lhes a vigência e a eficácia, suas dimensões espaço-temporais, assinalando suas projeções nas situações conflitivas de ordenamentos jurídicos nacionais e alienígenas, evidenciando os respectivos elementos de conexão. Como se vê, engloba não só o direito civil, mas também os diversos ramos do direito privado e público, notadamente a seara do Direito Internacional Privado. A Lei de Introdução é o Estatuto de Direito Internacional Privado; é uma norma cogente brasileira, por determinação legislativa da soberania nacional, aplicável a todas as leis (DINIZ, 2001, p. 4).

Ainda na mesma linha de pensamento, conclui Pablo Stolze Gagliano (2012, p. 100), senão vejamos:

Assim, trata-se de uma norma máxima de compreensão do sistema jurídico brasileiro, que, além da evidente importância para a soberania nacional, regula a vigência e a eficácia de todas as outras, trazendo critérios para os seus conflitos no tempo e espaço, bem como estabelecendo parâmetros para a interpretação normativa (art. 4º) e garantindo a eficácia global do ordenamento positivo, ao não admitir o erro de direito (art. 3º) e reconhecer a necessidade de preservação das situações consolidadas em que o interesse individual prevalece (art. 6º).

Nessa esteira, observa-se que a LINDB, mesmo no atual contexto histórico-cultural e diante das contribuições advindas da hermenêutica, da lógica e da argumentação jurídica permanece caracterizada como centro interpretativo/integrativo do ordenamento jurídico brasileiro, dando ainda vida ao termo cunhado por Lenio Luiz Streck (2011a, p. 146) que “fragiliza sobremodo o grau de autonomia do Direito na contemporaneidade”, qual seja, o pan-principiologismo.¹

1.1 Critérios Interpretativos e Integrativos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

1.1.1 Critérios Integrativos da LINDB

¹ Pan-Principiologismo: termo cunhado por Lenio Luiz Streck que denota “verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade”. Id., *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*, disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>, último acesso em 11 de fevereiro de 2013.

Dispõe o artigo 4^a da LINDB, *in verbis*:

Art. 4^o. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.²

O magistrado, no desempenho de sua função, tem à sua disposição a possibilidade de fazer a subsunção³ de norma jurídica ou a integração da norma jurídica.

A subsunção é a perfeita aplicação da norma abstrata ao caso concreto, de modo que o juiz recorre a uma lei exatamente adequada ao caso concreto que lhe cabe analisar.

Já a integração prevê que o julgador possa se socorrer de outras ferramentas sempre que se deparar com uma lacuna⁴, ou seja, caso ele não possa julgar de acordo com a exata lei que se adeque ao caso concreto.

Nos dizeres de José Jairo Gomes (2012, p. 61):

Afirmar a existência de lacunas no Direito significa reconhecer sua incompletude, sua insuficiência, sua impotência para disciplinar todos os fatos correntes da vida social. Certo é que o legislador, ao elaborar a lei, não poderia mesmo prever todas as situações futuras, até por não ser isso possível. A própria dinâmica social engendra infinitas situações novas, sendo impossível a tipificação legal de todas elas. Some-se a isso as frequentes mudanças por que passa a percepção coletiva, sob o aspecto valorativo, de sorte que o que é hoje censurado, amanhã será bem aceito e vice versa.

² BRASIL, Decreto – Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm, ultimo acesso em 01 de fevereiro de 2013.

³ Lenio Luiz Streck considera o termo ultrapassado em STRECK, Lenio Luiz. O triste fim da ciência jurídica em *terrae brasiliis*, 2012, Coluna Senso Incomum, disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-set-20/senso-incomum-triste-fim-ciencia-juridica-terrae-brasilis>, ultimo acesso em 09 de fevereiro de 2013. O professor aponta ainda que “A subsunção não é condizente nem coma interpretação de textos claros e nem com textos obscuros e tampouco de “acoplamentos” entre fato e texto jurídico, em (STRECK, 2011b, p. 282).

⁴ Em definição proposta por José Jairo Gomes: Lacunas são vazios normativos, ou melhor, ausência de previsão legal para reger determinado fato. Em outras palavras, o conflito de interesses não encontra resposta precisa no Direito positivado, restando sem solução, sem amparo legal. (GOMES, 2012, p. 60).

Apresentadas as lacunas, o juiz não pode eximir-se de julgar e, utilizando-se de critérios traçados pela LINDB, deve apresentar resolução ao caso concreto. No que pertine à obrigatoriedade de julgamento ante as lacunas se pronuncia Carlos Maximiliano (2011, p. 42):

Tem o magistrado, nos países cultos, a obrigação peremptória de despachar e decidir todos os feitos que se enquadrem na sua jurisdição e competência e estejam processados em regra. Não é lícito abster-se de julgar sob o pretexto, ou razão, de ser a lei ambígua, omissa ou obscura; não ter a mesma previsto as circunstâncias particulares do caso; ou serem incertos os fatos da causa. As normas positivas, direta e inteligentemente interpretadas, o Direito subsidiário e os princípios gerais da ciência de que o magistrado é órgão e aplicador fornecem os elementos para aniquilar a procedência e improcedência do pedido.

Assim, pela aplicação das diversas fontes do direito, quando a lei não for omissa, o juiz pode chegar ao pleno desfecho do caso concreto.

No que se refere às fontes do Direito se pode apontar a existência de fonte primária ou imediata, qual seja, a lei; e de fontes secundárias ou supletivas, que são as utilizadas para suprir as lacunas, como a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (disposição do art. 4º da LINDB), acrescidas da doutrina, jurisprudência e equidade.

Para que se entendam os critérios de integração expostos na LINDB, necessário breve comentário sobre cada uma delas.

A analogia configura método integrativo que ocorre quando o julgador, não conseguindo buscar para o caso concreto lei perfeitamente adequada, socorre-se de outra, ao menos similar, que lhe auxilie na formação de seu convencimento.

Sobre a analogia assevera José Jairo Gomes (2012, p. 63):

Trata-se de processo lógico valorativo. Por conseguinte, não se limita à análise e comparação racional dos dois ou mais objetos, ligando-se também à dimensão axiológica da experiência jurídica.

Em virtude disso, não basta que haja mera similitude ou semelhança entre um caso e outro, sendo de fundamental importância que existia idêntica razão entre eles, isto é razão jurídica (*ratio juris*) que se apresente na solução de um deve ser a mesma par ao do outro, ensejando, pois, que a decisão de ambos seja idêntica ou, pelo menos, aproximada.

Nesse quadro, é correto afirmar que analogia induz ao encontro de uma solução para fatos que apresentem uma similitude lógico-valorativa fundamental.

Os costumes se constituem de valores ou condutas previstos em um dado momento, em determinado grupo social, que passam a ser tomados como forma de interpretar para solucionar o caso concreto. Costume é uma norma jurídica sobre determinada relação de fato resultante da prática diuturna e uniforme, que lhe dá força de lei (MAXIMILIANO, 2011, p. 153).

Podem-se apontar três espécies de costumes, quais sejam:

O *secundum legem*, previsto no texto escrito, que a ele se refere o manda observá-lo em certos casos, como direito subsidiário; *proeter legem*, que substitui a lei nos casos pela mesma deixados em silêncio; preenche as lacunas das normas positivas e serve também como elemento de interpretação; e *contra legem*, que se forma em sentido contrário ao das disposições escritas (MAXIMILIANO, 2011, p. 156).

Os princípios gerais de Direito são aqueles preceitos que, compondo ou não conjunto de leis escritas, norteiam de forma indissociável as relações de direito. Exemplificativamente, temos o princípio da dignidade humana, da boa-fé e da igualdade.

Tratando dos princípios, Miguel Reale (1980, p. 299) esclarece que:

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

Interessante observar as lições de José de Albuquerque Rocha (2002, p. 49) ao tratar dos princípios constitucionais do processo, momento em que este, preterindo a definição, prefere por apontar a existência de três funções básicas para os mesmos quais sejam: função fundamentadora, função orientadora da interpretação e função de fonte subsidiária.

Ainda no que se refere aos modos de integração da lei, a LINDB aponta que o magistrado pode recorrer à equidade, reconhecida como meio de adaptação da norma ao caso

concreto, ou seja, capacidade que a norma tem de atenuar o seu rigor adaptando-se ao caso *sub judice* (DINIZ, 1997, p. 134/135).

Por fim, ainda apontadas como critérios integrativos tem-se a jurisprudência, configurando-se como o conjunto de decisões reiteradas e uniformes sobre um mesmo assunto e a doutrina como as obras intelectuais apresentadas pelos estudiosos do direito.

Sobre o tema, José Jairo Gomes (2012, p. 77, grifo nosso) apresenta a seguinte ponderação:

Assim, não deve o juiz aplicar a lei mecanicamente, como se fosse um robô e como se estivesse cumprindo um programa de computador, se não atentar para os fins sociais a cuja realização ela se encontra preordenada. Consagra-se, pois, a equidade na fixação concreta da regra de conduta.

O juiz, interprete oficial do Direito, ao decidir conflitos de interesses, deve sempre atender aos fins sociais a que a norma a aplicar se encontra voltada, assim como as exigências do bem comum. Há que indagar, pois, sua razão de ser ou a finalidade que visa alcançar. Somente a partir desse questionamento é que lhe é dado estabelecer *seu sentido* para o caso em apreço.

Veja-se como o autor atribui ao magistrado a função de imprimir o *seu sentido* à aplicação da norma, em uma demonstração de que os conceitos vagos/indeterminados, como é exemplo a norma em comento, sujeitam-se ao arbítrio judicial, maculando o direito.

No que se refere aos critérios interpretativos, a LINDB limitou-se a determinar que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”⁵, conferindo ao magistrado verdadeira legitimação para *decisionismos*. A Legislação se utiliza de termos vagos e sem qualquer significação/dimensão (dimensionamento) legal, despida de qualquer conteúdo mínimo estrutural. Nos dizeres de Lenio Streck (2011b, p. 13), a clássica teoria da interpretação, corporificada também na LINDB, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos.

⁵ BRASIL, Decreto – Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm, último acesso em 11 de fevereiro de 2013.

2 A (IN)COMPATIBILIDADE DE UMA NORMA SOBRE NORMAS NO CONTEXTO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

O presente artigo, conforme já exaltado, pretende a análise dos critérios interpretativos e integrativos da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Neste passo, para satisfazer o propósito é necessário reconhecer as diversas fases ultrapassadas pela legislação pátria até a era do pós-positivismo, inaugurada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como tecer breves comentários acerca da mudança do paradigma hermenêutico durante essa evolução.

A primeira grande fase do Direito é a denominada fase jusnaturalista, momento em que o Direito Natural encontrava-se na base do sistema jurídico. Este momento é caracterizado pela ausência de métodos hermenêuticos de interpretação em que prevalecia o objetivismo (realismo filosófico), determinando-se que os sentidos estavam nas coisas, as coisas tem sentido porque nelas há uma essência. Portanto, o sentido era dependente dos objetos, que tinham uma essência e, por isso, era possível revelá-lo (STRECK, 2010, p. 13). A “insegurança” permeava as relações sociais e jurídicas à época.

O positivismo inaugura a segunda fase do Direito, momento em que ocorre o afastamento entre Direito e filosofia. Nesta fase, compreendia-se o Direito como um sistema composto exclusivamente por regras, afastando-se da realidade e das implicações no caso concreto.

Lenio Luiz Streck divide o positivismo em dois momentos: o primeiro denominado de positivismo exegético e o segundo denominado de positivismo normativista.

O positivismo exegético, no que tange à interpretação do Direito, promove uma simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Códigos) atestando que o ato seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do Direito. Assim, conceitos como o de analogia, princípios gerais de direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso, que representaria as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas (STRECK, 2011b, p. 32).

No positivismo normativista, há uma modificação significativa com relação ao modo de trabalhar e aos pontos de partida do “positivismo”, do “fato”. Em princípio, as primeiras décadas do século XX viram crescer, de modo avassalador, o poder regulatório do Estado e também a falência dos modelos sintático-semânticos de interpretação da codificação, que se apresentaram completamente frouxos e desgastados. O problema da indeterminação do sentido do direito aparece então em primeiro plano (STRECK, 2011b, p. 32).

É nesse cenário que surge Hans Kelsen, com o objetivo de reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas pretendendo a purificação do Direito ante a influência da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre, que favoreciam, sobremaneira, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do Direito (STRECK, 2011b, p. 33).

Neste passo, o positivismo jurídico, principal inimigo do direito democrático, inaugura o método hermenêutico que tem como principal característica a discricionariedade. Lenio Luiz Streck (2010, p. 13/14) assevera:

Ora, discutir o positivismo é discutir paradigmas. Mais do que isso, é tratar de rupturas paradigmáticas. Para tanto, é preciso entender que a principal característica do(s) positivismo(s) – a discricionariedade – esta umbilicalmente ao paradigma da subjetividade, isto é, ao esquema sujeito objeto. É esse o “esquema” que sustenta o sujeito de qualquer relação cognitiva.

Nesse paradigma, conhecido como hermenêutica clássica, a verdade é aquela contida na lei, mesmo que as particularidades do caso apontem para uma resposta singular. A problemática decorre da eleição de um recurso interpretativo que eleve a realidade no processo interpretativo.⁶

No mesmo sentido, Lenio Luiz Streck (2010, p. 58):

A superação do objetivismo (realismo filosófico) dá-se na modernidade (ou com a modernidade). Naquela ruptura histórico-filosófica, ocorre uma busca da explicação

⁶ FONTANA, Eliane. *Hermenêutica clássica versus Hermenêutica filosófica: considerações relevantes acerca do processo interpretativo*. Disponível em: www.conpedi.org.br/manuel-arquivos/anais/salvador/eliane_fontana.pdf.

sobre os fundamentos do homem. Trata-se do iluminismo (*Alfklarung*). O fundamento não é mais o essencialismo com uma certa presença da *iluminatio divina*. O homem não é mais sujeito às estruturas. Anuncia-se o nascimento da subjetividade. A palavra sujeito muda de posição. Ele passa a “assujeitar” as coisas. É o que se pode denominar de esquema sujeito objeto, em que o mundo passa a ser explicado e fundamentado pela razão, circunstância que – embora não seja objeto de tal destas reflexões – proporcionou o surgimento do Estado Moderno [...]

A partir das noções defendidas pela hermenêutica clássica, abrem-se as possibilidades para a criação de uma filosofia da consciência, eis que o sujeito a interpreta e a verdade será a que ele, o “sujeito”, estabelecerá a partir de sua consciência (STRECK, 2010, p. 58). Nesse sistema, discricionariedades, arbitrariedades, inquisitoriedades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado (STRECK, 2010, p. 58).

Em dado momento, até Hans Kelsen rendeu-se a essa observação ao admitir que a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista e esse “desvio”, segundo ao autor, é impossível de ser corrigido (STRECK, 2011b, p. 33/34).

Entretanto, buscando corrigir o “desvio” e conjugar a filosofia do Direito e a segurança jurídica, como alternativa ao jusnaturalismo e ao positivismo, inaugura-se a terceira fase do Direito, o Constitucionalismo Contemporâneo (STRECK, 2011b, p. 35), também conhecido como neoconstitucionalismo e pós-positivismo.

Sobre o Constitucionalismo Contemporâneo pondera Paulo Bonavides (2007, p. 265):

É na idade do pós positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e críticas lacerantes, provenientes de uma relação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios.

Em linhas gerais, buscando estabelecer a real inspiração sistêmica, pode-se caracterizar o Constitucionalismo Contemporâneo como movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra, intencionando a construção de um direito

democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição (BONAVIDES, 2007, p. 36).

Esta nova fase é marcada por um novo modelo de interpretação da lei caracteriza pela quebra do modelo sujeito-objeto com a inclusão da linguagem como novo elemento da tríade. Mas observe-se que a linguagem não deve ser apenas um terceiro elemento, pois é por meio dela que se dará sentido às coisas.

Sobre o tema, esclarece Lenio Luiz Streck (2010, p. 14/15):

Destarte, correndo sempre o risco de simplificar essa complexa questão, pode-se afirmar que no *linguistic turn*, a invasão que a linguagem promove no campo da filosofia transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina; é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência do pensamento pensante). O sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que o que morre é a subjetividade “assujeitadora” e não o sujeito da relação de objetos (refira-se que, por vezes, há uma leitura equivocada do giro linguístico, quando se confunde a subjetividade com o sujeito ou, se assim se quiser, confunde-se o sujeito da filosofia da consciência (s-o) com o sujeito presente em todo ser humano e em qualquer relação de objetos).

Esclarecendo acerca da importância da linguagem, Lenio Luiz Streck (2010, p. 17) sacramenta:

Nesse novo paradigma, a linguagem passa a ser entendida não mais como terceira coisa que se coloca entre o (ou um) sujeito e o (ou um) objeto e, sim como condição de possibilidade. A linguagem é o que está dado e, portanto, não pode ser produto de um sujeito solipsista (*Selbstsuchtiger*), que constrói o seu próprio objeto de conhecimento.

Neste passo, reconhece-se que a hermenêutica filosófica é aquela que apresenta a melhor opção no processo interpretativo, corroborando com os preceitos constitucionais contemporâneos.

Esta nova fase, inaugurada tardiamente no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, trouxe ao país uma nova ordem constitucional. Uma das principais características desse Constitucionalismo Contemporâneo é o fato de que a lei perde a sua

posição destaque cedendo-a a Constituição, que agora se situa no topo do ordenamento jurídico.

Entretanto, a mudança de paradigma apresentada ainda não se mostra efetivada no Brasil. Segundo Lenio Streck (2011^a, p. 73/74), embora se possam observar transformações, a mudança de paradigma não teve a devida recepção no campo da filosofia e da hermenêutica no cotidiano das práticas judiciárias e doutrinárias brasileiras.

Essa não recepção é facilmente detectada na admissão do poder discricionário dos juízes, no livre convencimento e na livre apreciação das provas (STRECK, 2011^a, p. 75), que podem ser observados em dispositivos como o art. 4º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro e o art. 126 do Código de Processo Civil.

Assim, nesse contexto do Constitucionalismo Contemporâneo é inaugurado o debate sobre os princípios constitucionais, permeado pela divisão da norma em regras e princípios, reconhecendo-se que estes devem fazer parte da construção normativa desse novo modelo constitucionalista.

3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: MARCO INTERPRETATIVO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Conforme já ressaltado, o Constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico-jurídico-político em que se busca limitar o exercício do poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania (STRECK, 2011b, p. 37).

Neste passo, o Constitucionalismo Contemporâneo representa o dimensionamento na práxis político-jurídica que se da em dois planos: no plano da Teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito e no plano da teoria do Direito, no interior da qual se da a reformulação da teoria das fontes, fenômeno já referido anteriormente, em que a lei cede lugar a onipresença da Constituição; na teoria da norma, pois neste momento se confere normatividade aos princípios e na teoria da interpretação, que nos

termos propostos por Lenio Streck representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos (STRECK, 2011b, p. 37).

Ademais, ao tratar do tema proposto, há que se observar a divisão da norma em regras e princípios. Dicotomia inaugurada por Robert Alexy determina que a norma é gênero da qual são espécies tanto as regras como os princípios. Esclarece Alexy (2008, p. 87):

Tanto regras como princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos do dever ser, ainda que de espécies muito diferentes. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

Ainda no tocante os princípios, no que se refere à evolução das formas de compreensão dos mesmos no sistema constitucional afirma Rafael Tomaz de Oliveira (2008, p. 45/46):

É possível identificar três significados distintos: a) princípios gerais de direito, concebidos no âmbito do jusnaturalismo como “figuras capazes de suprimir as eventuais lacuna existentes no sistema positivo do direito codificado para lhe preservar a completude lógico-sistêmica conquistada racionalmente”; b) princípios jurídicos-epistemológicos inaugurados com o fortalecimento do Estado Liberal como [...] elementos organizadores do estudo lógico-sistemático de uma disciplina jurídica especializada” ou de um projeto maior como no caso da Teoria de Kelsen; c) princípios pragmáticos ou problemáticos que, engend a partir da metade do século XX surgem no contexto de uma mudança radical na intencionalidade do Direito cujas propostas se voltam ao pensar” [...] o sentido do direito e seus vínculos com o comportamento humano direto.

Nesse diapasão, com o Constitucionalismo Contemporâneo os princípios foram erigidos ao mais alto grau da hierarquia, passando a ocupar posição de destaque e tendo, gradativamente, reconhecido o seu grau de normatividade.

No que se refere à normatividade conferida aos princípios, assim se pronuncia Loacir Gschwendtner (2006, p. 47):

Não temos dúvidas de que o ponto de partida para interpretar a Constituição será sempre os princípios constitucionais, posto que se constituem no conjunto de normas que retratam a ideologia da Constituição e estabelecem seus postulados básicos e seus fins.

No que se refere ao tema, de leitura obrigatória os ensinamentos de Lenio Luiz Streck, que propõe a tese da descontinuidade, pela qual se entende que os princípios instituem o mundo prático no direito. O Autor, contrapondo a tese de Alexy e exaltando os ensinamentos de Dworkin, para quem a normatividade assumida pelos princípios possibilita um “fechamento interpretativo” próprio da blindagem contra discricionarismos judiciais. Nas palavras de Lenio Streck “os princípios, nessa perspectiva, são vivenciados (faticizados) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum da sociedade. É exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao status da constitucionalidade. Por isso os princípios são deontológicos (STRECK, 2011, p. 57).

Assevera Paulo Bonavides (2007, p. 292):

Os princípios fundamentais da Constituição, dotados de normatividade, constituem ao mesmo tempo, a chave de interpretação dos textos constitucionais. Mas essa importância decorre, em grande parte de um máximo poder de legitimação, que lhes é inerente.

Diante de todo exposto, não existem mais dúvidas quanto à normatividade exercida pelos princípios no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, mesmo diante da reconhecida importância dos princípios, ainda encontra-se resistência à sua aplicação prática. Lenio Streck aponta que ainda hoje, mesmo no campo da assim denominada “crítica do direito” – há setores que acreditam na tese de que “é com os princípios que o juiz deixa de ser boca da lei”, como se os princípios fossem esse componente “libertário” da interpretação do Direito (e da decisão dos juízes). Ademais, a tese da “continuidade”⁷ trata de forma equivocada o problema do *non liquet*, ao colocar o dever do

⁷ Esta tese é resultado de classificação proposta por Lenio Luiz Streck acerca do modo como o ordenamento jurídico brasileiro lida com os princípios. Segundo essa tese, o direito é um modelo de regras e, por isso, os princípios constitucionais que emergem da tradição do segundo pós-guerra são apenas uma (nova) versão do modelo de princípios gerais do direito já existente ao tempo das metodologias jurídicas que influenciaram o pensamento jurídico no período que sucedeu à codificação. Para a tese, os princípios

pronunciamento judicial como uma “autorização para o juiz decidir como melhor lhe aprouver” (STRECK, 2011b, p. 56).

Sobre o tema pontifica Alexandre Morais da Rosa (2011, p. 56):

Os atores jurídicos não estão acostumados a lidar com os princípios, exigindo para o seu atuar o recurso imediato à regra jurídica. A incapacidade instrumental-prática dos princípios, portanto, fica prejudicada diante da formação positivista-legalista que informa o senso comum teórico dos juristas, com forte apropriação equivocada da racionalidade weberiana, manifestada pelo legalismo fetichista e rasteiro. É preciso, contudo, dar-se efetividade aos princípios constitucionais.

Como se observa, o trabalho em exame se propõe a analisar a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro como resquício da hermenêutica tradicional. É nesta mesma lei que esse problema da aplicação prática dos princípios pode ser observado, conforme veremos em capítulo subsequente.

4 A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO E O PROBLEMA DA AUSÊNCIA DE NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: RESQUÍCIOS DA HERMENÊUTICA TRADICIONAL

Ao se adentrar à questão proposta neste tópico é imprescindível tecer alguns comentários acerca das lacunas (axiológicas) do Direito e da completude sistêmica do ordenamento jurídico.

O problema das lacunas surge a partir do século XIX, juntamente com o fenômeno da positivação do Direito, estando a ideia de lacuna ligada à de sistema, visto este como uma totalidade ordenada, um conjunto de entes, entre os quais existe uma certa ordem (STRECK, 2011^a, p. 130).

representariam apenas um “reforço” da razão prática para o Direito, que seriam acionados pelo julgador no momento em que as regras codificadas não apresentassem uma resposta imediata para a questão (STRECK, 2011b, p. 56).

Hans Kelsen é o principal expoente da corrente que nega a existência de lacunas no sistema jurídico. Os ensinamentos expostos por essa corrente denotam que o ordenamento não possui lacunas e “se apresenta como uma totalidade organizada e harmônica, onde seus elementos internos apresentam vínculos de interação e interdependência” (MARTINS, 1997, p. 115).

Na defesa da completude sistêmica se pronuncia Norberto Bobbio (1997, p. 115):

Por completude entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente “lacuna”, “completude” significa falta de lacuna. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado por uma norma tirada do sistema.

Lenio Luiz Streck (STRECK, 2011b, p. 56) faz interessante ponderação acerca do tema quando detecta que as lacunas existentes não são lacunas técnicas, mas sim axiológicas. Assevera:

[...] entretanto, o que deve ser colocado é que, de forma dogmática, como a maior parte dos doutrinadores brasileiros aborda a problemática das lacunas, não há, logicamente, espaço para existência das mesmas. Em outras palavras: uma visão alternativa, de cunho mais avançado para essa questão, pode ser vista a partir de autores como Ronald Dworkin e Karl Larenz. A discussão sobre a existência (ou não) de lacunas no direito assume relevância, basicamente, em dois aspectos: em primeiro lugar, a discussão é importante para a própria dogmática jurídica, na medida em que a tese das lacunas serve como forte elemento norteador e, também como sustentáculo ao Direito visto de maneira circular e controlado; em segundo lugar, serve igualmente, como fundamento desmi(s)tificador do próprio dogma do Direito baseado no modelo napoleônico, pois pode-se entender, sem dúvida, que quando juiz está autorizado/obrigado a julgar nos termos do art. 4º da LICC e 126 do CPC (isto é, deve proferir uma decisão), isso significa que o ordenamento é, dinamicamente completável, através de uma autorreferência ao próprio sistema jurídico.

Sacramenta Lenio (STRECK, 2011b, p. 133): “Assim, resumindo a discussão, não existem lacunas técnicas, sendo todas elas axiológicas”.

Entretanto, o posicionamento doutrinário acerca do tema não é pacífico. Há os que defendem a inexistência de lacunas, como os citados, e os que defendem a concepção de ornamento jurídico como um sistema aberto e incompleto.

O próprio sistema jurídico brasileiro parece filiar-se a corrente que reconhece a existência das lacunas ao estabelecer no art. 126 do Código de Processo Civil: “Art. 126: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.⁸

O artigo supracitado deve ser lido juntamente com o art. 4º da LINDB que dispõe: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.⁹

Veja-se que os artigos supramencionados tem redação anterior à carta Magna de 1988, refletindo a realidade positivista do tempo ao que foram editados. Em ambos os casos a ideia do legislador é que o juiz deve aplicar a lei e, apenas no caso de omissão legal, poderia recorrer a outras fontes do direito, dentre estas os princípios.

Nos dizeres de Lenio Streck (2011a, p. 133), “Já de pronto deve ser dito: no Constitucionalismo Contemporâneo, marcadamente pós-positivista, não mais espaço para

⁸ BRASIL, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm, último acesso em 20 de fevereiro de 2013.

⁹ BRASIL, Decreto – Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm, último acesso em 20 de fevereiro de 2013.

princípios gerais de direito, que não passam de axiomas com finalidades próprias no positivismo do século XIX”.

Assim, forçoso reconhecer que, ante o exposto em linhas anteriores os artigos transcritos não refletem a orientação hermenêutica filosófica do direito moderno em que os princípios constitucionais estão acima da lei, e devem orientar a interpretação não somente quando do surgimento da omissão.

No ponto, leciona Lenio Streck (2011a, p. 140) referindo-se, entre outros, aos artigos 4º da LINDB e art. 126 do Código de Processo Civil:

Os dispositivos, a par de sua inequívoca inspiração positivista (permitindo discricionariedades e decisionismos), e sua frontal incompatibilidade com a leitura hermenêutica do sistema jurídico, superado do esquema sujeito-objeto (filosofia da consciência), mostram-se tecnicamente inconstitucionais (não recepcionados). Com efeito, com relação à LICC, na era dos princípios, do neoconstitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, tudo está a indicar que não é mais possível falar em “omissão da lei” que pode ser “preenchida” a partir da analogia (sic), costumes (quais?) e princípios gerais de direito.

Preceitua ainda o Autor (STRECK, 2011a, p. 140):

De todo modo, não se pense que é assim porque a LICC é de 1942. Os dois projetos de lei (PL 243/02 e 269/04) que tramitaram no Congresso Nacional (recentemente arquivados), e que objetivaram alterar a LICC, “adaptando-a ao novo Código Civil”, repetiam o dogma positivista da década de 40 do século passado. Isso tudo em pleno Estado Democrático de Direito em que a Constituição é tema de milhares de dissertações de mestrado, centenas de teses de doutorado, para não falar da farta literatura sobre a matéria. Agregue-se ainda, por relevantes, que a LICC é fruto de um modelo de direito liberal-individualista (modelo formal burguês, se assim se quiser) que resume o direito às relações privadas. Daí que, quando se lia “Lei de Introdução ao Código Civil”, era o mesmo que ler “lei de introdução ao (próprio) direito”. Veja-se que, até dezembro de 2010, isso não passava de um modo como a comunidade jurídica concebia a LICC. O corre que, com a edição da Lei 12.376, em 30 de dezembro de 2010, essa questão foi institucionalizada, pois a partir disso a LICC deixou de ser assim chamada, recebendo o seguinte título: “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, o que é absolutamente sintomático.

Fechando (ou abrindo) o pensamento, o autor (STRECK, 2011a, p. 141) conclui:

Ora, uma teoria do direito que quer ser séria e profunda não pode se quedar silente em face desse estado d'arte. Com efeito, ao se manter, nessa quadra da história, uma lei de introdução ao direito (sic) pautada na interpretação do Código Civil e nos parâmetros para uma aplicação “geral” do direito, está-se contribuindo para uma resistência de um modelo (positivista) em relação ao novo constitucionalismo, que ingressa na história justamente para superar o antigo modelo. Desse modo, jamais se terá a constitucionalização do direito civil; no máximo, ter-se-á uma *codificação* da Constituição. É por isso que uma nova LICC apenas confirma a resistência positivista aqui denunciada. Trata-se, pois, de uma contradição: em pleno pós-positivismo a manutenção do principal ferramental do positivismo (na verdade, do positivismo mais primitivo e ingênuo).

Neste passo, há que se abrir espaço para o reconhecimento das funções fundamentadora e orientadora da interpretação que devem ser exercidas pelos princípios na moderna configuração.

Entretanto, não é esta ainda a visão do legislador brasileiro que em pela égide do Constitucionalismo Contemporâneo, parece tentar minar o desenvolvimento do modelo proposto. Este comportamento cria obstáculos não condizentes com o atual desenvolvimento doutrinário dado a esta questão, favorecendo o surgimento de antinomias legais e como certamente ocorrerá com a aprovação do Código de Processo Civil e em relação ao artigo 4º da LINDB.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar a não recepção do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Constituição Federal de 1988, vez que este não reflete a orientação hermenêutica que deve permear a interpretação do Direito na vigência do Constitucionalismo Contemporâneo.

A interpretação do art. 4º da LINDB reflete a aplicação das normas jurídicas como simples atividade técnica de subsunção. Assim, caso não seja possível a exata correspondência o juiz deve se socorrer, conforme disposição legal, da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.

Veja que a dicção legal parece omitir-se à função dos princípios junto ao ordenamento jurídico. Isto porque, após a viragem linguística promovida pelo *linguist turn* e o reinado da hermenêutica filosófica os princípios foram alçados a uma categoria mais elevada, de modo que foi conferida normatividade aos mesmos.

Neste passo, os princípios não podem agir somente na omissão legal. Na verdade, o sistema jurídico brasileiro deve conferir especial ênfase às funções fundamentadora e orientadora da interpretação que emana dos princípios.

Sendo assim, os princípios devem constituir a raiz de onde deriva a validade intrínseca do conteúdo das normas jurídicas, bem como devem orientar a interpretação da mesma, até mesmo porque são eles que dão sentido às mesmas. Os princípios servem, pois, de guia de orientação na busca de sentido e alcance das normas.

Portanto, um sistema normativo que se pretende sério e justo não pode conviver com normas como a insculpida no art. 4º da LINDB que equipara os princípios à lei e confere abertura interpretativa ao ordenamento, favorecendo o decisionismo e regredindo a égide do esquema sujeito-objeto, prolongando a aplicação indevida da hermenêutica tradicional.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Brasília: UNB, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- BRASIL, Decreto – Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm, último acesso em 01 de fevereiro de 2013.
- BRASIL, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm, último acesso em 20 de fevereiro de 2013.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FONTANA, Eliane. *Hermenêutica clássica versus Hermenêutica filosófica: considerações relevantes acerca do processo interpretativo*. Disponível em www.conpedi.org.br/manaus-arquivos/anais/salvador/eliane_fontana.pdf.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil, Parte Geral*. V. 1, 14ª Ed. – rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, José Jairo. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB*. São Paulo: Atlas, 2012.

GSCHWENDTNER, Loacir. *A constitucionalização do Direito Privado Contemporâneo*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

MARTINS COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo : revista dos Tribunais, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 7ª Ed. ver. São Paulo : Saraiva, 1980.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo : Malheiros, 2002.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material: aportes hermenêuticos*. 2 ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris Editora, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração Hermenêutica da construção do Direito*. 10 ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011a.

_____. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*, disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>, último acesso em 11 de fevereiro de 2013.

_____. *O que isto, decido conforme minha consciência?*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. *O triste fim da ciência jurídica em terrae brasilis*, 2012, Coluna Senso Incomum, disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-set-20/senso-incomum-triste-fim-ciencia-juridica-terrae-brasilis>, último acesso em 09 de fevereiro de 2013.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011b.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão Judicial e o conceito de princípio: a Hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Livraria do Advogado, 2008.