

A LEI DE INTRODUÇÃO NO REVERSO DA (NOVA) CODIFICAÇÃO: CONTRIBUTO PARA UMA REVISÃO FILOSÓFICO-METODOLÓGICA¹.

*Hermundes Souza Flores de Mendonça**

RESUMO: Quando se estuda o Novo Código Civil confrontando-o com o Código de Beviláqua o que se deve pressupor é a superação do paradigma filosófico-metodológico normativista-legalista por um outro, já culturalista-jurisprudencialista. A adequada compreensão de institutos *velhos* ainda vivos deve ter encontra a referida sucessão paradigmática, que transcende à dogmática civilista-legalista. Neste trabalho, alumia-se a filosofia que subjaz aos códigos civis de Beviláqua e Reale com o intuito de metodologicamente se confrontar a vigente Lei de Introdução com os projetos de lei em tramitação no Congresso que pretendem revogá-la. Este confronto filosófico permite-nos construir inferências que auxiliarão na compreensão de todo o sistema.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia, metodologia, hermenêutica, codificação, direito civil.

Sumário: 1) Intróito; 2) Acerca do paradigma filosófico-metodológico do CC/1916; 3) O modelo metódico pressuposto pelo

* Docente nos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito na Faculdade Pitágoras-MG. Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra.

¹ Este trabalho é fruto das investigações realizadas pelo autor para a elaboração da Dissertação de Mestrado defendida perante a Universidade de Coimbra, em Dezembro de 2010, intitulada "A prescrição legislativa de cânones metodológicos: uma reflexão acerca do artigo 4º do Decreto-Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942 Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro de 1916", sob orientação de Fernando José Couto Pinto Bronze.

Novo Código Civil; 4) A Nova Lei de Introdução ao Código Civil no reverso da codificação; 5) Últimas palavras:

“O direito postula uma ordem justa da sociedade e não tão-só uma organização viável ou eficaz da mesma sociedade, tem a ver com o universo espiritual e de sentido, com o dever-ser de uma axiológica validade e com correlativos fundamentos normativos, não apenas com o mundo empírico da factualidade, da eficácia e dos efeitos. O direito é uma categoria ética, não uma categoria científica – a sua racionalidade é prática-axiológica, não tão-só técnico-intelectual.”

A. Castanheira Neves

1) Intróito

A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro de 1916 (Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1916) traz em seu Art. 4º a seguinte redação: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Esta norma suscita uma importante reflexão filosófico-metodológica, a qual em regra, tem passado despercebida pela doutrina brasileira, ou, ao menos, não tem sido enfrentada com a profundidade que a questão exige. Neste passo, a reflexão que propomos emerge de algumas perguntas fundamentais, em que a *busca* pelas respectivas respostas motiva este pequeno trabalho. Embora usemos algumas “soluções” para os problemas propostos não é a formulação daquelas o principal objetivo, teremos cumprido o nosso propósito se ao menos o (adequado) debate em torno das perguntas for estimulado. Ei-las: Qual o porquê da ocorrência de tal norma na legislação brasileira? Que filosofia lhe subjaz? Que modelo metodológico pressupõe? Qual o seu valor no contexto jurídico-cultural em que fora inserida no ordenamento jurídico brasileiro? Depois de respondidas estas indagações uma derradeira e fundamental pergunta se apresenta ao pensamento jurídico brasileiro, que é a seguinte: no momento metodológico atual, consagrado notadamente pela aprovação do Código Civil de 2002, qual o valor do Art. 4º da LICC?

É crucial uma abordagem problematizante dos cânones metodológicos prescritos na legislação brasileira, o que se fará com especial referência aos Artigos 4º da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, 7º §2º do Projeto de Lei do Senado nº 243 de 2002 e 3º do Projeto de Lei do Senado nº 269 de 2004, estes últimos que, alternativamente, pretendem substituir aquela primeira, ainda em vigor. O que se propõe, destarte, é um olhar para o Art. 4º da LICC² que o erija a problema e suscite uma reflexão acerca do modelo metódico (e da filosofia que lhe subjaz) predominante na experiência

de direito brasileira, com vistas à pensar acerca do valor e da pertinência (metodológicos) do referidos dispositivo de lei.

A questão enfrentada é de latente atualidade, trata-se de um problema relevantíssimo com o qual se depara o pensamento jurídico brasileiro. Por um lado, é incontestável a necessidade de em questões dogmáticas o legislador intervir prescritivamente no sentido de harmonizar o sistema jurídico, no tempo e no espaço, tanto internamente quanto em relação com ordenamentos jurídicos estrangeiros. Desta forma, a Lei de Introdução ao Código Civil é de importância capital no que tange à regulamentação de matérias que têm a ver, por exemplo, com direito internacional privado e estatuto pessoal. Não há dúvida quanto à necessidade de uma clara regulamentação destas matérias, que envolvem questões afetas ao comércio internacional, e com as relações sociais e familiares decorrentes dos intensos processos migratórios etc., temas com os quais o Poder Judiciário a todo tempo se depara em um contexto de mundialização econômica, cultural e social etc. Todavia, no que tange a problemas metodológicos as coisas não podem ser postas da mesma forma.

Em um momento em que dois projetos de Lei de Introdução tramitam perante o Congresso nacional, ambos reproduzindo o cânone metodológico que hoje figura na LICC, urge refletir acerca da pertinência (metodológica) de uma tal prática. Ademais, nos deparamos com a questão de saber qual o papel do legislador e qual a missão do pensamento jurídico. Se não há dúvidas de que o legislador deve intervir prescritivamente em questões dogmáticas, nos parece, por seu turno, indubitável que cumpre ao pensamento que pensa o direito (responsavelmente), ao jurista enquanto tal, intervir em questões problemáticas, nas quais o direito é encarado como problema. Neste aspecto, olhar para a questão dos cânones metodológicos, vale dizer, das regras que orientam o juiz no ato de julgar, é eminentemente olhar para o direito-problema. Tem a ver com um pensamento, portanto.

O momento, insistimos, cobra um posicionamento responsável do jurista, principalmente enquanto os supracitados projetos ainda não

² A eleição desta norma como foco problemático tem razões históricas relacionadas com o próprio desenvolvimento científico do direito privado, principalmente do direito civil, aquando ocorreram as grandes codificações, que por sua vez decorreram em comunhão com o normativismo positivista-legalista de oitocentos. É cediço que o pensamento sistemático desenvolvido no normativismo deu valorosas contribuições ao Direito Civil e, por outro lado, foram nos diplomas civis que deixou com maior força as marcas decorrentes das concepções de direito por aquele defendidas.

foram consagrados em Lei. Conforme se verá no decorrer dos desenvolvimentos seguintes, uma tal prática (a prescrição pelo legislador de cânones metodológicos) tem a ver com uma concepção filosófico-metodológica muito específica (que se espera superada). Neste ensejo, deve aquele que pensa o direito se posicionar de forma *consciente* sobre os Projetos de Nova Lei de Introdução, não é admissível a omissão!

A abordagem destas questões será feita em dois momentos, primeiramente se dedicará algumas palavras acerca do contexto no qual o cânone do Art. 4º da LICC emergiu no ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de compreender o que motivou tal expediente por parte do legislador. Em seguida faremos um esforço para compreender qual o atual contexto (metodológico), especialmente após a aprovação do CC/2002. Só então estaremos em condição de (tentar) responder as indagações a que nos propusemos.

Antes de iniciarmos, contudo, cabe ainda uma última nota. Com o presente trabalho pretende-se incitar uma reflexão responsável sobre a prescrição legislativa de cânones metodológicos. Entendemos que cumpre ao pensamento jurídico enfrentar as questões no âmbito das quais o direito é perspectivado como problema, com isso não se quer defender o casuismo em que cada qual age segundo suas convicções pessoais. Pelo contrário, o que se almeja é um empenho com vistas a reflexivamente construir um modelo metódico para a concreta realização judicativo-decisória orientada por uma axiologia historicamente situada que, no limite, se norteie por padrões de justiça – referentes estes elaborados no seio da convivência (co-existência) humana. Coerente com o posicionamento por nós defendido, vale dizer, consideramos inadmissível a omissão da doutrina diante da importante questão com que se depara o pensamento jurídico brasileiro, as linhas que se seguem pretendem transmitir uma humilde tentativa de debate consciente do tema.

2) Acerca do paradigma filosófico-metodológico do CC/1916

A inserção pelo legislador no ordenamento jurídico brasileiro do cânone constante no Art. 4º da LICC, como ventilado acima, está intimamente ligada ao processo de codificação iniciado ainda no século XIX. Para bem se caracterizar o paradigma metodológico que orientou o CC/1916, cumpre indagar, primeiro, acerca das razões histórico-filosóficas que levaram o legislador a adotar o referido expediente. Tal mister será cumprido não de forma meramente descritiva, por outro lado, tentar-se-á problematizar a questão, ainda que sucintamente, atra-

vés da mobilização de debates doutrinários desenvolvidos no decorrer do movimento codificador. Ademais, se perquirirá sobre as principais correntes doutrinárias europeias que influenciaram o pensamento jurídico brasileiro desde os primeiros anos de Independência.

Vale notar que se dedicará especial atenção às vezes que no processo histórico da codificação do direito brasileiro direta ou indiretamente se manifestaram acerca da pertinência ou impertinência de se enxertar no direito positivado normas de conteúdo metodológico. Neste passo, embora se dê maior realce às regras contidas no Art. 4º da LICC, o que justifica o desenvolvimento do trabalho em torno das discussões doutrinárias que ele atia, é importante desde já aclarar o fato de que o debate que aquela norma incita diz respeito à filosofia que a elaborou, ou, porque não dizer, à ideologia que lhe subjaz. Desta sorte, as reflexões que tomaram o citado dispositivo como ponto de provocação valem, *mutatis mutandis*, para quaisquer outros dispositivos legais cuja natureza se assemelha à daquele³.

O Código Civil Brasileiro, introduzido no sistema jurídico pátrio pelo Decreto-lei 3.071 de janeiro de 1916, cujo projeto fora de autoria de CLOVIS BEVILAQUA, sistematizou um ordenamento jurídico até então marcado pela dispersão das Ordenações Filipinas, às quais se acresciam um sem número de Alvarás e Avisos, além de leis extravagantes. A instituição do CC/1916, para além da influência natural do movimento codificador que marcou o século XIX nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, resulta de um processo cujos primórdios já se verificam logo que o Brasil se emancipou de Portugal. Em seguida à proclamação da independência em 1822, foi instituída a Lei de 20 de outubro de 1823, que outorgou vigência provisória às Ordenações, leis e decretos portugueses cuja promulgação acontecera até 25 de abril de 1821, *enquanto não se organizasse um novo Código*⁴. Outrossim, a Constituição do Império, de 1824, no art. 178 n.º XVIII, prescreveu que se organizasse “o quanto antes” um Código Civil⁵. Depois, nota-se um grande esforço da comunidade jurídica brasileira no sentido de se construir um diploma legal que regulasse a vida civil como um todo dos cidadãos.

³ Na legislação brasileira há outras ocorrências de normas muito semelhantes (de natureza metodológica) àquela que elegemos como centro das atenções deste trabalho. Trazemos à colação os exemplos de que temos conhecimento nas normas em vigor, para além daqueles mencionados no corpo do texto. A saber: 1) Código Tributário Nacional.

Não obstante as modificações introduzidas no processo de revisão, muitas delas sob a resistência do autor do projeto, as quais, segundo o próprio BEVILAQUA⁶, retiravam-lhe “alguma coisa da sua feição originária”⁷ a divisão geral, de inspiração germânica, foi mantida. Já neste momento nota-se a intenção do autor em posicionar antes mesmo da parte geral uma Introdução ao Código⁸. No processo de codificação brasileiro percebe-se um certo consenso para a inclusão de um título de natureza introdutória ao Código, nos projetos mais importantes, seja pela cultura jurídica de seus autores e colaboradores, seja pelo respaldo que receberam do pensamento jurídico, a saber, o *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS e o Projeto de COELHO RODRIGUES de 1893, não por acaso aqueles dos quais com maior ênfase BEVILAQUA tomou subsídios para elaborar o que viria ser o Código Civil brasileiro⁹, previam um título preliminar. Aliás, a técnica de junto ao Código prescrever um conjunto de normas gerais com vistas à sua “aplicação” (na forma de lei anexa ou compondo o próprio Código¹⁰) também era adotada nos diplomas Civis alemão, que dispunha de uma lei de introdução conquanto posicionada no final do BGB¹¹, e italiano de 1865, no qual havia um título preliminar.

O projeto de BEVILAQUA, no que tange ao seu intróito, aproxima-se da técnica tedesca, o autor do CC/1916 entendia que a introdução não fazia parte do Código, tendo inclusive numeração autônoma, haja

⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*. 3. tir. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 11.

⁵ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade. (Presidência da República. Disponível em: <www.presidencia republica.gov.br/legislacao>. Acesso em: 30 ago. 2008).

⁶ “Um Código não pôde ser obra pessoal, como um poema, um romance ou um compendio. É, necessariamente, uma obra nacional.” (BEVILAQUA, Clovis. *Linhas e perfis jurídicos*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1930, p.176).

⁷ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos... cit.*, p. 28.

⁸ “(...) a “Lei de Introdução”, cuja aderência ao Código, ao exemplo do BGB, deveu-se ao rumo traçado por BEVILAQUA no seu Projeto Primitivo, com a vantagem lógica, em relação ao modelo tedesco, de anteceder ao diploma básico, dado seu caráter introdutório, e não de se colocar no final como ocorre com o alemão.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. In: BEVILAQUA, Clovis, *Código Civil dos... cit.*, p. XIII).

⁹ “Podendo dispor dessas materias acumuladas, esforçando-me por achar nellas os êlos de uma evolução do pensamento jurídico em nosso paiz, meditando sobre os estudos e as criticas feitas na Imprensa e no Congresso, parece-me que a tarefa se havia aligeirado, podendo ser

vista que previa normas gerais de interpretação e aplicação das leis como um todo¹², tanto de direito público quanto privado, além de matérias de direito internacional. Contudo, defendeu sua publicação em forma de lei anexa ao Código, pois continha normas que “facilitavam” sua “aplicação”¹³. Com esta Introdução foi o projeto aprovado em 1916, posteriormente o Decreto-Lei 4.657, de 1942, revogou a Introdução originária e introduziu no ordenamento brasileiro a conhecida Lei de Introdução ao Código Civil, ainda em vigor.

levada a termo por pulso menos forte do que o de meus antecessores. Principalmente o *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS e o *Projecto* do Dr. COELHO RODRIGUES, mais seguidamente este que aquelle, forneceram-me copiosos elementos para a construcção que me havia sido confiada.” (BEVILAQUA, Clovis. *Em defeza do projecto de codigo civil brasileiro*. Rio de Janeiro-Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 26). O autor do Código de 1916 sempre faz questão de mencionar a influência de seus antecessores na elaboração do projeto afinal consagrado pelo legislador: “Sem remontar á collaboração indirecta de jurisconsultos mais distanciados de nós, como TEIXEIRA DE FREITAS, NABUCO e FELÍCIO DOS SANTOS, seria insensato negar que, para o Código Civil, cooperaram individualidades das mais significativas do nosso mundo jurídico, e mais insensato, ainda, obscurecer o valor dessa cooperação.” (BEVILAQUA, Clovis. *Linhas e perfis... cit.*, p. 177).

¹⁰ Os Códigos Civis italiano, chileno, argentino, austríaco e também no Código de SEABRA (Portugal) há no corpo dos diplomas regras de interpretação e aplicação das leis. Neste ponto, interessante notar adoção de técnica semelhante em codificações de orientação claramente diversas: como se sabe, a Código Civil italiano, de 1865, tem sua gênese vincada no modelo francês do Código Napoleão, este como verdadeira coroação dos anseios dos idealizadores da Revolução Francesa, ao balizar em uma lei de perfeição formal princípios de liberdade de iniciativa, e de contrato, por um lado, e de certeza e segurança nos atos da vida civil, de outro; o Código Alemão, de 1900, por sua vez, é fruto de um contexto jurídico filosófico muito específico: os pandectistas, inspirados na idéia de que o direito se oferece como corpo de regras, cujo sistema era oferecido pelo direito romano, empenharam-se no estudo do direito comum germânico, de origem romana, mas integrado aos costumes locais e modificado pelo direito canônico, tudo isso sob forte influência da Escola Histórica, assim, a orientação normativista da tarefa de sistematizar dogmaticamente o direito era permeada por um historicismo que se mostra como nota diferenciadora da codificação alemã (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 406 ss).

¹¹ No BGB, todavia, não há normas de interpretação. A introdução ao BGB contempla normas de direito internacional privado, outras para a regulamentação da relação entre o direito vigente no Império anteriormente à vigência do Código, normas para estabelecer as relações com as leis dos Estados, além de disposições transitórias. No que tange ao conteúdo, a LICC aproxima-se do Título Preliminar que acompanhava o Código Civil italiano de 1865, o qual estabelecia regras de interpretação de caráter geral, ultrapassando inclusive as raías do direito civil, atingindo o direito privado como um todo e até o direito público (ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 3. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 5, 8).

¹² Com fulcro neste mesmo argumento sustenta a doutrina brasileira, de forma unânime, a vigência da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 (Decreto Lei 4657, de 1942), mesmo

Este movimento de codificação, conforme referimos alhures, era fortemente motivado pela pretensão de, num corpo sistemático, regular toda a vida civil do sujeito de direito. Acerca desta pretensão de "completude" lógica convém dizer mais algumas palavras. Completude, segundo BOBBIO, é "a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso"¹⁴. Ou seja, completo é um ordenamento sob os auspícios do qual não se verifica nem um caso cuja permissão ou proibição não se possa dele *deduzir*. É um ordenamento sem lacunas. Esta idéia de completude marcou, de uma forma geral, todos os grandes códigos concebidos no século XIX, e naturalmente exerceu influência no processo de codificação brasileiro¹⁵ (malgrado jamais tenha atingido a ortodoxia, por exemplo, das Escolas da Exegese ou Pandectista), a qual estava associada à idéia de auto-integração, segundo o que em caso de falhas o próprio sistema propiciaria as correções.

A semente desta idéia de auto-integração, por sua vez, fora plantada já pelos Comentadores¹⁶, mas assumida em termos radicais pelo normativismo-legalista e acabou por marcar profundamente todo o processo de codificação no direito ocidental de tradição romano-germânica. Trata-se, portanto, de uma nota importante, e que será retomada em seguida, não sem antes crescer uma outra não menos fun-

depois da revogação do Código de 1916 em 2002, neste sentido, ESPINOLA elogia publicação do Decreto-Lei 4657, o qual, segundo ele, deu maior autonomia à Lei de Introdução que na verdade não se consubstancia em introdução ao código, mas sim, trata-se de um diploma de aplicação, no tempo e no espaço, de toda a legislação brasileira. No ensejo, vale registrar a proposta de Haroldo VALLADÃO de um projeto de "Código de Aplicação das Normas Jurídicas", apresentado em 1970. Já, por exemplo, nos Códigos Cíveis austríaco, argentino, italiano, uruguaio, chileno, colombiano (todos do século XIX), apresentam normas de caráter geral no corpo, inclusive em numeração contínua, na maioria das vezes em forma de um título preliminar (ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução...* cit. p. 5, 6, 9).

¹³ ESPINOLA, Eduardo. *Breves anotações ao Código Civil Brasileiro*. Bahia: Joaquim Ribeiro e Co., 1918, p.1, 4-5.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999, p. 115.

¹⁵ Em que pese a visão crítica de BEVILAQUA acerca de uma lei indiferente à realidade social bem como a importância que ele dava aos costumes na formação do direito. Estas características, dão à codificação brasileira notas diferenciadoras. Mesmo num período em que a idéia da completude soava robusta, no pensamento jurídico-filosófico brasileiro notava-se relâmpagos de resistência no sentido da preservação da tradicional incompletude do sistema jurídico pátrio (legado das Ordenações do Reino).

damental, a saber, a associação da idéia de plenitude do ordenamento jurídico à da autoridade estatal na produção do direito.

No século XIX, destarte, esta idéia de completude se associou a uma outra muito característica do pensamento europeu pós-revolucionário, notadamente depois da Revolução Francesa, a saber, a de que é o Estado o detentor do monopólio da constituição do direito¹⁷ (idéia que remete a HEGEL). Os princípios da segurança e certeza jurídicas, da liberdade de iniciativa e de contratar, tão caros à ascendente burguesia, tinham sua expressão máxima no Código. Deste modo, admitir outras fontes de juridicidade era aceitar a existência de concorrência com o direito que resguardava máximas liberais, donde a necessidade da afirmação do monopólio estatal na produção do direito. Assim, na medida em que o estado ficava mais forte, maior era a afirmação de completude, e maior a identificação de juridicidade com legalidade¹⁸. É neste contexto que surge o cânone segundo o que é vedado ao juiz não decidir sobre alegação de omissão da lei, consagrado no Art. 4º do Código Civil Francês¹⁹, que no direito brasileiro foi introduzido pelo Art. 5º da Introdução publicada contemporaneamente ao CC/1916²⁰.

ESPINOLA, com fulcro em DONATO DONATI, ao comentar a norma do Art. 5º, leciona que o pressuposto de que a ordem jurídica oferece uma solução para cada caso que se lhe apresente é a condição funda-

¹⁶ A concepção de completude não é uma "invenção" do positivismo, remonta à tradição românica medieval, período em que lentamente se foi construindo a idéia de que no direito enunciado pelo *Corpus Iuris* o intérprete poderia encontrar a resposta para todos os problemas. Ao direito romano, considerado Direito por excelência, nada havia de se acrescentar nem de retirar, ao jurista competia o esforço de encontrar, mesmo que por meio da *extensio*, o que no *Corpus* já estava previsto. A Escola dos Comentadores em muito contribuiu para a evolução de tal concepção constituindo seu trabalho em um desenvolvimento interno do direito romano, em um raciocínio de auto-integração, portanto (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999, p. 119-120).

¹⁷ Esta uma nota diferenciadora do modelo de pensamento que permeia o Código Napoleão em relação aos códigos modernos e moderno-iluministas não revolucionários (por exemplo: Código Geral da Prússia de 1794, os códigos bávaros e o Código Civil da Áustria, de 1811), estes, conquanto se orientassem pelo paradigma jusnaturalista, não pretendiam um total rompimento com a história, admitiam-se com lacunas e no seu próprio corpo apontavam para fontes subsidiárias de integração, com grande relevo aos princípios de direito natural (CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta, Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 182).

¹⁸ Não é despidendo notar, entretanto, que quando se afirma que o pensamento exegético marcou a doutrina jurídica após a promulgação do Código de Napoleão trata-se de uma generalização que tem o condão pedagógico de identificar uma época, evidenciando o que predominou para a posteridade. Neste ensejo, vale dizer que os primeiros comentadores do Código não viram nele

mental para se obrigar ao juiz a decidir todo caso a ele submetido, sempre com fulcro em uma norma legal²¹. Nesta esteira, no fundo do Art. 5º está a idéia da completude do sistema jurídico legal. Frise-se que o sentido do artigo 4º do Código Civil francês, repetido na legislação brasileira sob estudo, não é aquele que, na linha dos grandes constitucionalistas hodiernos, tem a ver com o direito fundamental à decisão, no âmbito do princípio do acesso à justiça²². É inegável que o princípio segundo o qual é vedado ao juiz recusar-se de decidir sob a alegação de lacuna inserto no Código de Napoleão representa uma contribuição no processo evolutivo cultural que possibilitou, principalmente depois do advento do Estado Democrático de Direito, se conceber com tamanha amplitude o princípio do acesso à justiça²³. Contudo, neste momento, chama-se a atenção para uma outra faceta desta norma, que é a vinculação do juiz especificamente à lei, e não às outras possíveis fontes de direito (costumes, pensamento jurídico, jurisprudência dos tribunais) como fundamento para solução dos litígios a ele submetidos (mesmo naqueles em que aparentemente não houvesse

uma intransponível barreira ao exercício de interpretação nem tampouco o elegeram como o crepúsculo do desenvolvimento da ciência jurídica após o que nada se teria de criar. Destacam-se as vozes de LASSAULX, que, segundo ESPINOLA, não se deixou consumir pelo texto legal, ao qual se acrescenta JOURDAN, para quem a perfeição do Código enquanto obra legislativa não justificava a confusão de sua exegese com a ciência do direito, além de pôr em relevo o direito comparado e a jurisprudência dos tribunais como fontes, contrariando a alegada exclusividade da lei. DURANTON, por seu turno, o primeiro grande comentador do Código civil francês empenhou-se em concertar a observância da lei com a tradição e a equidade, concepção não observada nos comentadores posteriores. (ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução... cit.*).

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do... cit.*, p. 120 ss.

²⁰ O vigente Decreto-lei 4657, de 1942, que instituiu a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, em substituição à Introdução ao Código publicada junto com este não repete literalmente o cânone. Todavia está na *ratio* do Art. 4º da LICC o que outrora o antigo Art. 5º da legislação revogada rezava. O legislador, ao indicar o caminho que deve o magistrado percorrer quando se deparar com uma (aparente) lacuna no ordenamento, está dizendo, de forma implícita, que a ocorrência de uma lacuna não justifica a recusa de decidir. Sobre o assunto, eis a lição de ESPINOLA: "(...) a verdade que – seria inqualificável denegação de justiça deixar o juiz de decidir, a pretexto ou por motivo de não haver texto claro de lei, ou de resultar dúvida, ambiguidade, incerteza do existente – é de tal modo sentida por todos os que labutam no foro, em qualquer país, que bem se compreende que ao nosso Código civil não faria falta a regra da parte final do art. 5º (introdução), da mesma forma que dela não careceram códigos vigentes noutros Estados, na sua grande maioria (alemão, suíço, italiano, austríaco, montenegrino, português, japonês, chinês, chileno, venezuelano, colombiano, mexicano)" (ESPINOLA, Eduardo. *Breves anotações ao... cit.*, p. 15).

²¹ *Id.*, p. 23-31.

²² Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

previsão expressa da lei). O juiz está obrigado não apenas a decidir, a cumprir com a prestação jurisdicional, mas cumpri-la conforme manda o direito emanado da autoridade (política) estatal, que, por sua vez, o faz através da lei²⁴.

Malgrado, as grandes modificações nas relações sociais decorrentes da Revolução Industrial e o grande desenvolvimento das ciências sociais ocorridos principalmente na segunda metade do século XIX, fez notar a existência de uma vida social no seio da qual inúmeras instituições surgiam não por iniciativa estatal (novas relações de trabalho, associações de classe, etc.) que impôs reconhecer que o direito não era uma exclusiva criação do Estado mas um fenômeno social. Nestes termos, leciona BOBBIO: "Se o Direito era um fenômeno social, um produto da sociedade (nas suas múltiplas formas), e não somente do Estado, o juiz e o jurista tinham que tirar as regras jurídicas, adaptadas às novas necessidades, do estudo da sociedade, e dos interesses que estas representavam, e não das regras mortas e cristalizadas dos códigos"²⁵. A constatação fática da insuficiência do direito estatal diante da complexidade da vida aliada ao amadurecimento da consciência intelectual provinda do desenvolvimento das ciências sociais contribuiu para se recusar o monopólio estatal enquanto fonte de juridicidade²⁶, de modo que a radicalidade alcançada pela Exegese nas primeiras décadas de oitocentos já era revista na segunda metade daquele século.

No pensamento jurídico brasileiro, por seu turno, a idéia da completude do direito estatal jamais foi defendida com a ortodoxia da Escola da Exegese. Conforme leciona REALE²⁷, da "grande linha que de Teixeira de Freitas vem a Clóvis Bevilacqua assinala a convergência de múltiplas solicitações e influências, sem resultarem afetadas as raízes lusíadas e os ensinamentos romanísticos. Mais apegados aos textos

²³ Ensina GOMES CANOTILHO que o direito ao acesso à justiça é amplo, no seio do qual se encontram o direito de ação, o direito ao processo, o direito à decisão e o direito à execução das causas, para cuja efetivação devem concorrer outros como o direito ao acompanhamento de advogado, a eliminação de barreiras econômicas etc. (CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*. Vol. 1. 1. ed. Brasileira — 4. ed. portuguesa. Coimbra - São Paulo: Coimbra Editora - Revista dos Tribunais, 2007, pp. 406-419).

²⁴ Segundo DONATI, *apud* ESPINOLA, é justamente a pressuposição de que o ordenamento jurídico legal para cada possível problema prevê uma norma que o solucione possibilita ao juiz cumprir o seu dever de resolver todo e qualquer caso que se lhe apresente, sempre com fulcro em uma norma legal. Ou seja, é o próprio direito à prestação jurisdicional que depende da completude do sistema de normas legais. (DONATI, Donato. *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*. Milano, 1910, p. 175-176 *apud* ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução... cit.* p. 88).

²⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do... cit.*, p. 125.

legais uns, mais preocupados outros com as circunstâncias histórico-sociais, não se pode negar aos nossos melhores juristas um vivo senso de concreção e de equidade, mal interpretado pelos medíocres como preferência pelo casuísmo, que é a arteriosclerose da Ciência Jurídica".

Pretender, portanto, encontrar um rótulo que se encaixe perfeitamente a BEVILAQUA, e com ele ao pensamento dos grandes juristas que interferiram na concepção do Código Civil brasileiro, é tarefa árdua, não é o que se pretende. O importante é evidenciar que tomando contato com as mais importantes doutrinas jurídico-filosóficas de seu tempo, sem dispensar a elaboração filosófica que o antecedeu, é marcante no autor do CC/1916, bem como no pensamento jurídico brasileiro que permeou todo o processo de codificação, um cariz empirista, uma certa relevância à realidade social bem como uma reflexão acerca do direito comprometida com a realidade histórica. Esta característica, somada ao fato da codificação tardia, no Brasil não chegou, de modo predominante, a se pensar o direito com a ortodoxia positivista dos primeiros comentadores do Código Napoleão. Estas condições explicam a relevância que é dada tanto aos costumes como fonte subsidiária do direito e a admissão, em todo o processo de codificação, de fontes não-legais de integração²⁸.

Não obstante, a inserção no ordenamento de uma "cláusula geral inclusiva"²⁹, como a do Art. 4º da LICC, no contexto positivista do século XIX, representava uma tentativa de auto-integração do sistema o qual, conquanto reconhecesse a sua prática impossibilidade de a tudo prever de forma específica, se inspirava em uma pretensão de completude. Ou seja, não sendo exequível a específica previsão de todos os casos particulares suscitados pela complexidade da vida social era preciso que se estabelecessem critérios para o jurista decidir no caso de omissões legais. Esta resposta era o próprio sistema que fornecia, ainda para os casos omissos a resposta estava no sistema de onde se deduziria a solução. Idéia para a qual a própria concepção de como o direito se realiza intervém de forma capital. Ao comentar as prescrições metodológicas consagradas na LICC/1916 ESPINOLA, com apoio em FERRARA, HELWIG e CHIOVENDA, revela o *modus* como a doutrina brasileira, pelo menos até o terceiro quartel do século passado, predomi-

²⁶ ID., p. 126.

²⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do... cit.*

²⁸ Vide o nosso: *Breve estudo das fontes do direito: reflexões em torno de um falso consenso*. Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da Unipac Itabirito. Disponível em: <http://www.ensinosuperior.org.br/revistaeletronica.php?r=dike-2_2010>

²⁹ A expressão é de BOBBIO.

nantemente entendia a atividade do juiz. Não obstante admitirem a intervenção pensante do juiz, o que afasta um comportamento automático, reduz sua intervenção a três estágios: 1) investigar acerca da existência do direito pleiteado pelas partes; 2) uma vez encontrado este direito em uma norma legal, delimitar o seu sentido; 3) decidir sobre a aplicabilidade desta norma ao caso apresentado³⁰. Nesta concepção a contribuição crítica do magistrado, vale dizer, a interpretação, ocorre principalmente no segundo momento, oportunidade em que o sentido da norma é determinado. Há visivelmente um raciocínio (dedutivo) partindo-se do sistema (geral e abstrato, premissa maior) para o caso (particular e concreto, premissa menor) tendo a sentença como consequência, no qual o exercício de interpretação é feito em termos abstratos. Neste ensejo, quando no processo de procura pela norma existente, para um problema que bate às portas do judiciário, o juiz não encontra uma norma que expressamente prevê a solução, o legislador "dita"³¹ o caminho a percorrer, que é aquele estampado no Art. 4º da LICC. Assim, a interpretação é concebida em dois níveis: se a norma é clara, cumpre-lhe (à interpretação) apenas *declarar* seu conteúdo e sentido; por outro lado, se a norma é obscura, existe mas se omite em relação ao caso apresentado, ou se não há norma para o problema em questão, a interpretação é vista em um nível mais amplo, e que passa pelo problema das fontes formais e não formais³², com vista à integração do direito positivo³³.

Com essas palavras esperamos que esteja minimamente caracterizado o contexto (histórico-filosófico-metodológico) no qual o cânone sob comento foi inserido no ordenamento jurídico, de tal sorte que se tenha compreendido o porquê de tal expediente. Neste momento, cumpre enfrentar uma outra indagação proposta já na seção inaugural, a saber, qual o paradigma filosófico-metodológico que o CC/2002 pressupõe? Em busca da resposta para esta pergunta se dedica a seção seguinte, após o que esperamos estar prontos para uma reflexão adequada acerca da pertinência da manutenção de tal dispositivo nos projetos que pretendem "atualizar" a vetusta LICC.

3) O modelo metódico pressuposto pelo Novo Código

³⁰ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução... cit.*, p. 89.

³¹ Grandes civilistas brasileiros que comentaram a LICC, em sua maioria, defendem inclusive que deve o juiz estar adstrito à ordem de preferência estabelecida no Art. 4º, nesta trincheira, por exemplo: RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 25. Sobre o problema das fontes formais e materiais cf. CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta, Escritos acerca do... cit.*, p. 7 ss.

As grandes mudanças políticas, econômicas e sociais pelas quais passou o Brasil desde a promulgação do CC/1916 estimularam o desejo pela elaboração de um código que superasse o individualismo e o formalismo que orientaram o Código de BEVILAQUA. Os primeiros passos deste esforço remontam ao anteprojeto de Código das Obrigações de OROZIMBO NONATO, FILADELFO AZEVEDO e HAHNEMANN GUIMARÃES de 1941, passando pela proposta de Código Civil de 1963 de ORLANDO GOMES e do Código das Obrigações de CAIO MÁRIO, de 1965³⁴. Este movimento teve seu ponto culminante com a aprovação do vigente código civil.

Contudo, nos momentos últimos que precederam a sanção presidencial do Código de MIGUEL REALE muitas vozes se levantaram no sentido de criticar o que alguns julgavam ser “graves omissões”, principalmente aquelas relacionadas a temas *do momento* corolários das novas descobertas científicas nos campos da tecnologia da informação, biotecnologia, etc. Todavia, não apontar soluções diretas para problemas ainda não estabilizados, em relação aos quais decorrem debates de conteúdo ético, em que a doutrina ainda é contraditória, condiz perfeitamente com o espírito do Código, o qual procurou regular as soluções já estabilizadas no pensamento jurídico e deixar para a legislação especial os temas ainda em franca discussão, nada obstante, traçando o norte principiológico para estas últimas.

Nestes termos, a concepção de *direito como experiência* na doutrina de MIGUEL REALE marca a incompletude do Código, o qual, se reconhecendo *aberto*, aponta os caminhos a serem percorridos no processo de *realização*. Enquanto o individualismo burguês e a rigidez dos

³² Embora no pensamento jurídico contemporâneo se vislumbre uma forte tendência para a superação desta concepção de racionalidade jurídica, para a qual contribuíram, por exemplo, RONALD DWORKIN, ALEXY, MIGUEL REALE, CASTANHEIRA NEVES, BRONZE, LINHARES, KAUFMANN, FIKENTSCHER, apenas para citar alguns exemplos, o positivismo ao qual subjaz a racionalidade lógico-dedutiva-substantiva acompanhada da plenitude lógica do sistema jurídico, ainda se mostra vivo. Veja por exemplo a doutrina de ZENO VELOSO (VELOSO, Zeno. *Comentários à lei de introdução ao código civil*. 2. ed. Belém: Unama, 2005, p. 93), segundo o qual “para utilizar a analogia deve haver identidade de razão, semelhança de motivo”, e acrescenta: “trata-se de um método de aplicação do direito, de processo lógico para descobrir que teria pensando o legislador se tivesse regulado, diretamente, o caso concreto”; mas também para WASHINGTON DE BARROS, segundo o qual a lei possui a faculdade de auto-integrar-se, de completar-se a si mesma, o que se alcança através de processos lógicos por ela mesma fornecidos, tais como a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. *Curso de direito civil: Parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 41).

³³ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução... cit.*, p. 90.

³⁴ REALE, Miguel. *O projeto de Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 48.

dispositivos (referidos na segurança patrimonial) e a sobrevalorização da perfeição formal caracterizam os códigos do século XIX dos quais o CC/1916 é tributário, o CC/2002, voltado para a *pessoa*³⁵, se mostra arejado por forte conteúdo ético fruto da própria experiência humana em *comunidade*. Tudo a justificar a afirmação de MARTINS-COSTA, para quem, mais do que alterações dogmáticas, a grande novidade do CC/2002 em relação ao seu antecessor é de ordem filosófico-metodológica.

Enquanto a pretensão de plenitude lógica de um sistema fechado que tenciona oferecer soluções para todas as situações da vida – o que impinge a adoção de mecanismos (legais) que permitam a superação das omissões (vistas como defeitos) no âmbito do próprio sistema – é caracterizadora do Código de BEVILAQUA, o CC/2002 segue orientação muito diversa. A visão que REALE tem do Direito – e que caracteriza o código civil em vigor no Brasil não obstante as muitas modificações sofridas em seu projeto no decorrer de quase trinta anos de tramitação legislativa – pretende superar o modelo positivista do século XIX. Para REALE, o Direito é uma ordenação racional e processual da experiência humana, “segundo certas necessidades, ditadas pelas efetivas relações sociais, e de acordo com determinados valores” (MARTINS-COSTA, 2002, p. 615). Neste modelo se concebe uma racionalidade substantiva (e não apenas formal), orientada por valores, que ultrapassa o dualismo sujeito-objeto³⁶, mas que se situa, nas palavras de REALE, “na *circunstancialidade em que o conhecimento se processa*”, ou seja, “na experiência não apenas vivida, mas tomada como fonte de extração de sentidos” e que vê o homem como um projeto “voltado a concreção de virtudes”. A racionalidade do CC/2002 é *processual*, ou seja, não é axiomática, não se fecha em si, é “aberta ao devir e à interação das instâncias culturais”³⁷ e por isso mesmo conduz a um método jurídico com características correspondentes³⁸.

³⁵ “(...) o culturalismo não constitui uma escola filosófica, mas representa antes um movimento que se distingue por situar a *cultura* no foco central de apreciação das ciências humanas, tendo a ideia de *pessoa* como *valor-fonte* de todos os valores existenciais”, e não mais o sujeito (abstrato) de direito consagrado no CC/1916 (REALE. Prefácio in MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002). Neste mesmo sentido FRANCISCO AMARAL (AMARAL, Francisco. «O novo código civil brasileiro», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 44). Em que pese opiniões contrárias a este respeito, entre as quais, pelo relevo de seu cultor, cite-se FACHIN (FACHIN, Luiz Edson. «Sobre o projeto do código civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXVI. Coimbra: Coimbra Editora, 2000).

Nesta linha, o modelo metódico adotado no CC/2002, herança do culturalismo de REALE, pressupõe a idéia de que a experiência jurídica vai se constituindo num *continuum*, “em acordo com os dados culturais prevaletentes”. Nestes termos, o CC/2002, “atento à processualidade da experiência, instaura uma ‘razão comunicativa’ [em comunicação com as demais instâncias culturais] ao situar permanente, mas coordenada, intertextualidade entre o seu *corpus* e outras fontes, jurídicas e extra-jurídicas, produtoras de normatividade social, conformando, pois, o modelo da complementariedade intertextual”³⁹. O Novo Código está estruturado segundo uma concepção do Direito que se vai construindo com sua própria realização, que conforma um sistema jurídico aberto, um projeto de Direito não acabado, que se assenta na concepção de ciência por ele defendida. Assim, como enfatiza FRANCISCO AMARAL, para além das alterações dogmáticas, tais como as inovações no direito de família, sucessões, os novos tipos contratuais, etc., o Novo Código representa uma mudança de paradigma, em que a interpretação tende a ser pensada como problema metodológico da realização do direito⁴⁰, e não vista isoladamente da aplicação como no modelo anterior⁴¹.

Para REALE pensar acerca do direito afasta a antinomia entre conhecimento sistemático e conhecimento problemático, para ele há uma unidade entre ambos, tendo em vista ser o direito uma experiência axiológica e cultural⁴² a qual, diferentemente de outras ciências, dedica-se ao estudo de um “objeto” dinâmico. O jurista enquanto tal dedica-se à solução de problemas juridicamente relevantes mediante a mobilização de um ordenamento que, malgrado em contínua (posto que lenta) mutação, se apresenta como um sistema. Isso porque sua

³⁶ REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1996 apud MARTINS-COSTA, Judith. «Culturalismo e experiência no novo código civil brasileiro», *Boletim da Faculdade de Direito*. Nº 78. Coimbra: Coimbra Editora. 2002, p. 618.

³⁷ Neste pensamento, a concepção de história intervém decisivamente. Nele a história não é vista como fatos passados a serem observados como objetos de estudo pelo sujeito homem (sobre este aspecto faz referência a HEGEL no que toca à sua contribuição para o relevo da historicidade na construção do conhecimento humano), REALE atribui à história um caráter eminentemente prospectivo, em que o homem, situado no presente e componente cultural deste se volta para o futuro (MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas... cit.*, p. 4, 10).

³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. «Culturalismo e experiência no... cit.», p. 618.

³⁹ “Essa comunicação intertextual está fundada em bem determinados princípios – o da sociabilidade, da eticidade e da operabilidade –, e é possibilitada pela conexão entre a estrutura (fundada numa Parte Geral que inicia com a invocação não-taxativa dos Direitos da Pessoa, seguida de uma Parte Especial constituída por cinco Livros, todos eles correlacionados à Parte Geral) e uma *linguagem aberta*” MARTINS-COSTA, Judith. «Culturalismo e experiência no... cit.», p. 619, grifos da autora).

evolução, que lhe permite ser constantemente enriquecido com novos princípios constitutivos e, por outro lado, a superação de outros não mais condizentes com o momento histórico-cultural em que o caso se apresenta, é gradual (tanto para as modificações oriundas da evolução jurisprudência dos tribunais quanto para as alterações legislativas), de tal sorte que quando um novo princípio se acrescenta a identidade do sistema vigente não é negada, os valores e critérios destes decorrentes já adquiridos e não contraditórios com o *novo* sobrevivem. Assim, a cada momento em que o sistema se enriquece o ordenamento não é negado em seu todo, apenas modifica-se conservando-se a unidade já construída⁴³. Ou seja, fica afastada a idéia de que um sistema aberto seja uma contradição em si ou que a abertura provocada tanto pela dinamicidade do pensamento jurídico quanto pela própria realização histórica do direito sejam prejudiciais à manutenção da unidade sistemática. Nestes termos o direito é concebido enquanto “unidade de sentido duradouramente modificável”⁴⁴.

Sobre estas idéias se assenta o CC/2002, como se percebe, a conclamar um novo modelo metodológico para a realização do direito no caso concreto com o qual a técnica estampada no Art. 4º da LICC parece despropositada. Acerca deste tema de dedicará a seção a seguir.

4) A Nova Lei de Introdução ao Código Civil no reverso da codificação

A estabilidade alcançada pela LICC que provocou uma certa inércia de boa parte da doutrina pátria no sentido de admitir, quase que aproblematicamente, a sua não revogação pelo CC/2002, se, por um lado, escora-se em fundamentos adequados no que diz respeito às questões dogmáticas tratadas naquela Lei, não pode, por outro lado, justificar a indiferença no que diz respeito a questões problemáticas

⁴⁰ AMARAL, Francisco. «O código civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Juridica 90 Ad Honorem* – 3. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 35.

⁴¹ Cf. CASTANHEIRA NEVES, António. «A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia – tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação». *Boletim da Faculdade de Direito. Studia Juridica 72*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.

⁴² MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas... cit.*, p. 19.

⁴³ CANARIS, Claus Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 108-109.

(metodológicas) também “reguladas” por ela. O momento é crucial, há projetos em tramitação no Congresso Nacional que versam sobre uma Nova Lei de Introdução ao Código Civil, e que pretendem “adaptar” a vetusta LICC aos novos tempos. Neste processo de “adaptação” as questões de metodologia não admitem indiferença.

Conforme aludido, o Código Civil em vigor carrega em si o propósito de não ser global, mas sim de ser lei básica do direito privado. Idealizado sob bases culturalistas, no seio de uma sociedade pluralista, cujo dinamismo já não comporta a exclusividade do Estado como fonte de juridicidade, reclama para si uma forte carga principiológica. Nestes termos, à idolatria da lei se opõe a importância da jurisprudência dos tribunais, dos costumes locais e dos contratos na formação do direito, em um universo cuja velocidade é ditada pelas novas tecnologias da informação, ao mesmo tempo em que o sujeito de direito (abstrato) do século XIX cede lugar ao homem historicamente situado, ao qual se atribui dignidade (autonomia e responsabilidade), como elemento essencial à qualidade de *pessoa*. A dignidade da pessoa humana, sob a tutela da constituição que lhe conferiu *status* de princípio fundamental, ganha prioridade em relação aos direitos patrimoniais consagrados pelo Código o qual deve ser *interpretado e realizado* à luz dos princípios que orientam a experiência de direito como um todo⁴⁵, no limite, centrado na pessoa.

O CC/2002, destarte, ao resgatar o pensamento problemático, pressupõe um sistema jurídico historicamente situado, cujo específico sentido da normatividade exigido pelo caso concreto é construído em sua própria realização, abandonando a idéia moderna do direito como sistema legal pronto e acabado ao qual o jurista se dirige como objeto a ser conhecido e aplicado (dedutivamente). O Novo Código não admite interpretação abstrata (leia-se, *a priori* à aplicação), por outro lado, pressupõe-na como elemento integrante do momento metodológico de realização do próprio Código. Esta realização, por sua vez, deve levar em conta não somente a lei codificada, mas o ordenamento jurídico como um todo, sempre em referências aos princípios consagrados expressa ou implicitamente no Código, mas também aqueles outros tutelados na Constituição, e ainda a axiologia que orienta a experiência de direito em si.

Para lograr um Diploma Civil com tais características o codificador recorreu de forma abundante a princípios bem como a cláusulas gerais, os quais, conforme ensina FRANCISCO AMARAL “fazem com que o Código Civil de 2002 se apresente como um sistema aberto, no sentido

⁴⁴ *Id.*, p. 110-111.

de uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais, o que lhe permite superar o formalismo do sistema de 1916 e promover significativa mudança no modelo metodológico de interpretação jurídica, uma verdadeira “principalização” do modelo interpretativo”, de tal sorte que se requer ao jurista não mais um trabalho de exegese, mas de construção normativa⁴⁶. Assim, a *concretude* que caracteriza o Código requer do intérprete não a procura por soluções prontas para o problema apresentado, mas sim, partindo do caso, que mobilize as proposições jurídicas prescritas no código para construir uma solução normativa que atenda à especificidade problemática do caso. O CC/2002, nestes termos, reclama um novo paradigma hermenêutico, em superação ao dedutivo-subsuntivo.

Em lado oposto, cunhado sob o (superado) método lógico-dedutivo-subsuntivo de aplicação do direito, o Art. 4º da LICC reflete uma clara pretensão de regulamentar metodologicamente a realização judicativo-decisória do direito, técnica flagrantemente incompatível com o modelo do CC/2002. Contudo, como se sabe, a LICC ainda está em vigor. Ciente do contexto em que tal cânone fora concebido e do pensamento o dispositivo pressupõe, cumpre-nos fazer uma pergunta fundamental, que é esta: *neste momento, sob a égide do Código de MIGUEL REALE, qual o valor que se deve dar ao Art. 4º da LICC?*

Para responder à nossa pergunta fundamental, uma outra, anterior e condicionante, se impõe, que é esta: *é pertinente falar de lacunas no modelo do CC/2002?* Por tudo que já se refletiu até então, uma resposta que se pretende minimamente adequada não pode ser senão negativa. Ora, o modelo do Novo Código é-nos apresentado de forma límpida, pressupõe-se aberto. O Código de MIGUEL REALE é um projeto de futuro, a ser preenchido com sua própria realização, metodologicamente não há nem sequer que se falar em lacunas como falhas a serem corrigidas, pois nele as omissões não são defeitos, mas compõem o seu próprio modelo metodológico de realização. *O que dizer, portanto, de um cânone metodológico que objetiva a solução de lacunas?*

Primeiramente, o Art. 4º da LICC, ao nosso ver, encerra um equívoco essencial atinente a qualquer tentativa legislativa de aprisionar algo que é por sua natureza livre (como bem ensina o Catedrático de Coimbra CASTANHEIRA NEVES, o pensamento não se decreta!), de tal sorte que já se mostrava inconveniente mesmo no modelo do CC/1916. Para além disso, em relação ao CC/2002, ele está em completo

⁴⁵ AMARAL, Francisco. «O código civil brasileiro... cit., p. 46.

⁴⁶ *Id.*, p. 47-48.

descompasso, é metodologicamente inconciliável com o modelo do Novo Código. Já estamos em condições de afirmar, portanto, a sua completa impertinência em termos metodológicos. Mas se a mencionada Introdução está em vigor, se o referido cânone compõem o ordenamento jurídico pátrio, cumpre retomar à indagação inicial para saber que valor que a ele se deve atribuir? BRONZE, enfrentando questão semelhante no Direito Português, relativamente aos Artigos 8º, 9º, 10º e 11º do Código Civil lusitano chega a admitir uma intervenção meramente declarativa do legislador, mas em sede constitucional, considerando razoável a sua participação *argumentativa* na constituição do pensamento jurídico. Mas assevera, tal intervenção, para além de ser tão-somente declarativa, até por respeito aos princípios do Estado Democrático de Direito, que pressupõe o juiz vinculado ao direito e aos valores de justiça, e não subjugado ao Poder Legislativo ou Administrativo, deve ser *aberta*. Trata-se de uma concessão, é importante que se frise, coerente, na medida em que admite-a como intervenção *argumentativa*, e não *prescritiva*⁴⁷ (BRONZE, 2006, p. 84-85).

Contudo, o cânone que figura no Art. 4º da LICC foi concebido com intenção prescritiva e limitadora. Outra não pode ser a sua caracterização quando se conhece a ideologia que o formulou, e portanto, entendemos que metodologicamente o seu valor deve ser nulo.

Não obstante o posicionamento acertado e coerente do legislador de 2002 ao não prever no Código o supracitado cânone metodológico enquanto técnica para superação de lacunas (tidas como defeitos), corre-se o risco de se repetir o equívoco, em termos ainda mais graves dada a sistemática do CC/2002, em procedimento semelhante àquele das primeiras décadas da centúria anterior. Referimo-nos ao Projeto de Lei do Senado n.º 243, de 2002, intitulado "Lei de Introdução ao Código Civil", que pretende substituir a ainda vigente LICC, o qual repete em termos muito semelhantes o que atualmente consta do artigo 4º da lei em vigor. Eis o que propõe o referido projeto: "Art. 7º No julgamento dos feitos, cabe ao juiz aplicar as normas legais. §2º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, a equidade, os costumes e os princípios gerais de direito". Não bastasse, há um segundo projeto, também proposto pelo Senado, o Projeto de Lei 269 de 2004, o qual, no artigo 3º, epígrafado "Dever de decidir", assim dispõe: "O Juiz não se eximirá de julgar alegando inexistência, lacuna ou obscuridade da lei. Nessa hipótese, em não cabendo a analogia,

⁴⁷ BRONZE, Fernando José. «*Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae*», *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 84-85.

aplicará os costumes, a jurisprudência, a doutrina e os princípios gerais de direito".

Já tivemos oportunidade de manifestar favoravelmente à atualização da Lei de Introdução no que tange às matérias de conteúdo dogmático. Neste aspecto talvez fosse conveniente o legislador hodierno não perder a oportunidade de corrigir o equívoco de seu antecessor quanto ao título da lei. É mais do que pacífico na doutrina e jurisprudência o caráter geral das normas contidas na ainda em vigor Lei de Introdução, o que faz do seu título impreciso, já que suas normas não se dirigem exclusivamente ao Código Civil. O legislador atual, ignorando toda a construção doutrinária e jurisprudencial de todo o século XX e início do XXI, ao tratar de normas de natureza geral, que se dirigem ao direito positivo como um todo, insiste em intitular o projeto 243 de "Lei de Introdução ao Código Civil". Já no projeto 269 este equívoco não é cometido, mas sim outro não menos importante. Pois embora regule diversas questões dogmáticas relevantes, justamente na parte em que se equivoca, ao tentar regulamentar metodologicamente a realização do direito, é que busca inspiração para o título, assim redigido: "Dispõe sobre a aplicação das normas jurídicas".

Como aludido, embora se discorde na inserção do cânone do Art. 4º da vigente LICC, é possível encontrar causas históricas para tal. Embora aprovado em 1916, a concepção do Código anterior é moderna, a doutrina jurídica no Brasil das primeiras décadas do século XX ainda sofria forte influência das concepções oitocentistas e desenvolvia suas reflexões em torno de um direito positivado sob tais padrões. Contudo, no momento atual a realidade é outra! A aprovação do Código de MIGUEL REALE e sua celebração por grande parte das mais importantes vozes do pensamento jurídico brasileiro anuncia um outro momento metodológico. O CC/2002 se pressupõe aberto, um projeto de futuro a ser preenchido com sua própria realização respeitando os caminhos que o próprio Diploma traça por meio de cláusulas gerais e princípios, ambos de natureza normativa, em comunicação com as demais instâncias principiológicas que informam todo o direito. Neste contexto, não há que se falar em técnicas para correção de "lacunas", porquanto as "lacunas" do Novo Código não são concebidas como defeitos, prescindem portanto de qualquer correção.

5) Últimas palavras

Tudo isso nos remete à uma derradeira pergunta: *qual a pertinência de uma nova lei de introdução?* Se em termos dogmáticos é importante uma "atualização", nos termos metodológicos a que os mencionados projetos se propõem ela é completamente impertinente. Neste momento de revisão o legislador tem a oportunidade de corrigir erros

na legislação anterior sobre os quais a doutrina e a jurisprudência dos tribunais refletiram por aproximadamente um século, e o primeiro deles e mais importante diz respeito à tentativa de "decretar" em termos metodológicos a judicativo-decisória realização do direito.

Portanto, ousamos sugerir a modificação dos projetos 243 e 269 para que deles sejam retirados, respectivamente, o §2º do Art. 7º e a segunda parte do Art. 3º. Quanto ao 243, sugerimos ainda a alteração do seu título para que deixe de ser epigrafado "Lei de Introdução ao Código Civil". Este último, embora menos importante, é de alguma utilidade pois corrige a incoerência na nomenclatura, para além de poder representar a intenção de superação do paradigma hermenêutico do modelo anterior, mais uma vez em respeito à sistemática do Código atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amaral, Francisco. O novo código civil brasileiro. In: Cordeiro, Antônio Menezes; Leitão, Luís Menezes; Gomes, Januário da Costa. (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Vol. IV. Coimbra: Almedina, 2003. p. 11-19.

_____. O código civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Juridica* 90 Ad Honorem 3. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, p. 33-55, 2008.

Bevilaqua, Clovis. *Em defeza do projecto de código civil brasileiro*. Rio de Janeiro-Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1906.

_____. *Theoria geral do direito civil*. 2. ed. Belo Horizonte - Rio de Janeiro - São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1929.

_____. *Linhas e perfis jurídicos*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1930.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilaqua*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

Bobbio, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

Branco, Gerson. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo código civil. In: Martins-Costa, Judith; Branco, Gerson. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1-85.

Bronze, Fernando José. *Quae sunt Caesaris, Caesari: et quae sunt iurisprudentiae, iurisprudentiae*. In: Monteiro, António Pinto; Canaris, Claus-Wilhelm; Amaral, Francisco et al. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 77-87.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta, Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. O actual problema metodológico da interpretação jurídica. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital. 1. ed. brasileira. 4. ed. Portuguesa. Coimbra-São Paulo: Coimbra Editora; Revista dos Tribunais, 2007.

Canaris, Claus Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

Cappelletti, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Espinola, Eduardo. *Breves anotações ao Código Civil Brasileiro*. Bahia: Joaquim Ribeiro e Co, 1918.

Espinola, Eduardo; Espinola Filho, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*. Vol. III. Rio de Janeiro-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1940

_____; _____. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 3. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Fachin, Luiz Edson. Sobre o projeto do código civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXVI. Coimbra: Coimbra Editora. p. 129-151, 2000.

Lima, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro*. 7. ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

Martins-Costa, Judith. Culturalismo e experiência no novo código civil brasileiro. *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. LXXVIII. Coimbra: Coimbra Editora. p 603-627, 2002.

Monteiro, Washington de Barros Monteiro. *Curso de direito civil: Parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

Pereira, Caio Mário da Silva. Prefácio. In: Bevilacqua, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

Reale, Miguel. *O direito como experiência (introdução à Epistemologia Jurídica)*. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *O projeto de Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999

_____. *Teoria tridimensional do direito; Teoria da Justiça; Fontes e Modelos do Direito*. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2003.

Rodrigues, Silvio. *Direito Civil: parte geral*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1994

Veloso, Zeno. *Comentários à lei de introdução ao código civil*. 2. ed. Belém: Unama, 2005.

Sítio eletrônico

Presidência da República. Disponível em:
<www.presidencia.gov.br/legislacao>. Acesso em: 11 jan. 2011.

A EFETIVAÇÃO PROCESSUAL DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES A TUTELA DOS DIREITOS OBRIGACIONAIS SOBRE A ÓTICA DA TÉCNICA PROCESSUAL

Renato Montans de Sá*

Sumário: 1. pensando no processo civil de resultados - 2 direito das obrigações - 2.1 introdução - 2.2 classificação das obrigações: dar, fazer e não-fazer - 2.2.1 obrigação de dar - 2.2.1.1 obrigação de dar a coisa certa - 2.2.1.2 obrigação de dar a coisa incerta - 2.2.2 obrigação de fazer - 2.2.3 obrigação de não-fazer - 3 classificação das tutelas e tentativa de sistematização - 3.1 nota introdutória - 3.2 tutela declaratória - 3.2.1 a nova sentença de reconhecimento da existência da obrigação (art. 475, N, I) é declaratória? (art. 4º § único, CPC) - 3.3 tutela constitutiva - 3.4 tutela condenatória - 3.5 tutela mandamental - 3.6 tutela executiva - 3.7 como harmonizar os conceitos de tutela condenatória, executiva e mandamental - 3.7.1 uma primeira análise: tutelas executiva e mandamental - 3.7.2 uma segunda análise: tutelas conde-

* Especialista e Mestre em Processo Civil pela PUC/SP, professor de Direito Processual Civil na Pós-Graduação da Universidade Cândido Mendes na Escola Superior de Advocacia, e na Rede LFG de ensino em São Paulo. Advogado.