

UM OLHAR CONSTITUCIONAL SOBRE OS ARTIGOS 4º DO DECRETO-LEI 4.657/42 E 126 DA LEI 5.869/73

Wilson Orzevalla Junior¹

Resumo

O presente Artigo Científico, de natureza Constitucional/Processual, objetivou estudar a não-recepção, pela Constituição Federal de 1988, dos artigos 126 do Código de Processo Civil (Lei 5.869/73) e artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42), dentro do Pós-Positivismo. Buscou, ainda, analisar as propostas referentes ao tema no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil e na Emenda nº 1 – CTCPC – Substitutivo (ao Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010). Para tanto, inicialmente foi feita uma breve abordagem sobre o Pós-positivismo e os Princípios Constitucionais para uma melhor compreensão do contexto Constitucional Contemporâneo.

Palavras Chave

Constitucional; Processo civil; Pós-Positivismo; Princípios Constitucionais.

1. Introdução

Com a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 finalmente o Brasil alcança a redemocratização após longo período ditatorial. Mas, não apenas isso. Com o advento da nova ordem constitucional o país entra na era do Pós-Positivismo.

Este novo modelo, que veio substituir o já ultrapassado modelo positivista, é considerado, nas palavras de Luís Roberto Barroso, “um marco filosófico do novo direito constitucional”².

E, neste neoconstitucionalismo, a lei perde a posição privilegiada que até então possuía. A Constituição agora está em seu devido lugar: o topo do ordenamento jurídico.

Assim, o presente Artigo Científico pretende estudar os artigos 126 do Código de Processo Civil³, 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁴, 108 do Anteprojeto

¹ Advogado. Acadêmico do Curso de Pós-Graduação *LATO SENSU* em Direito Civil e Processual Civil ministrado pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. orzevalla_adv@hotmail.com

² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 247.

do Novo Código de Processo Civil⁵ e 119 da Emenda nº 1 – CTCPC – Substitutivo⁶ dentro desta nova perspectiva constitucional.

Para os limites do presente escrito, não serão aprofundados os estudos sobre princípios constitucionais⁷, sua aplicação e eficácia, questões estas já superadas com entendimento doutrinário consolidado no sentido de sua total normatividade e efetividade⁸ na atual era pós-positivista, mas sim efetuar um brevíssimo estudo sobre o Pós-Positivismo e os princípios constitucionais para compreender a possível inconstitucionalidade (não-recepção) dos artigos 126 do código de Processo Civil e 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Constituição Federal de 1988. Também será analisado o tratamento dado ao tema pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil e pela Emenda nº 1 – CTCPC – Substitutivo (ao Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010).

2. Breves Anotações Sobre o Pós-Positivismo

O período pós-positivista é a terceira grande fase do Direito. Precedem a ele o Jusnaturalismo e o Positivismo.

O Jusnaturalismo, fase mais antiga e tradicional, destaca-se pela colocação do Direito Natural como base do sistema jurídico. Explica Luís Roberto Barroso: “Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX”⁹.

³ Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

⁴ Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942.

⁵ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>, acesso em 13/10/2011.

⁶ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83984&tp=1>, acesso em 13/10/2011.

⁷ Os estudos sobre os Princípios Constitucionais se limitarão ao mínimo indispensável para a conclusão do presente artigo, tendo em vista tratar-se de tema deveras longo, merecedor de estudos aprofundados não sendo este o objetivo aqui colimado.

⁸ Sobre o assunto v. Luís Roberto Barroso: *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, Editora Saraiva/2009; Paulo Bonavides: *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros Editores/2007; Ruy Samuel Espíndola: *Conceito de Princípios Constitucionais*: elementos teóricos para formulação dogmática constitucionalmente adequada, Revista dos Tribunais/2002 entre outros.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 247.

Já o positivismo afastou o direito da filosofia, dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX e teve sua decadência associada às derrotas do nazismo e do fascismo, respectivamente na Alemanha e Itália¹⁰.

O Pós-Positivismo surge, então, como uma terceira via entre o Jusnaturalismo e o Positivismo. Busca ele conjugar a filosofia do direito com a segurança jurídica do positivismo em um modelo em que a ética e o direito devem caminhar juntos.

Ensina Paulo Bonavides: “A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX”¹¹. E Complementa:

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 crítica lacerante, provenientes de uma reação 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 princípios¹².

O novo modelo se mostra muito mais abrangente do que seus predecessores, mas, mais do que isso, trata-se de uma forma muito mais humana de se operar o Direito contemporâneo. A sociedade chegou a um patamar da evolução no qual o direito natural, jusnaturalista, não traria segurança jurídica satisfatória frente às complexas relações interpessoais. Já o positivismo, tal como existia, se mostrou perverso tendo em vista que o poder, poder de legislar, de impor sua vontade, tanto do legislativo (típico) quanto do executivo (atípico) são largamente utilizados. Nunca se legislou tanto¹³.

E esse excesso legislativo parece um resquício positivista difícil de ser amenizado. A questão não é legislar mais, mas sim legislar melhor. Produz-se um exagerado número de leis, entre as quais muitas inconstitucionais.

O positivismo desmedido acaba por causar tanta insegurança quanto o jusnaturalismo, pois o excesso de leis gera uma confusão jurídica. Um emaranhado de normas, muitas conflitando entre si, outras, de forma muito mais grave, incompatíveis com a Constituição.

Aqui está uma das grandes virtudes do modelo pós-positivista: retirar a lei do centro do ordenamento.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 247-248.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 264.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 265.

¹³ Sobre o tema v. interessante artigo de Ives Gandra da Silva Martins, intitulado: “Inflação Legislativa”, disponível em: http://www.gandramartins.adv.br/art_detalhes.asp?id=891, Acesso em: 13/10/2011.

Embora no continente europeu o neoconstitucionalismo, ou novo direito constitucional, tenha surgido após a segunda grande guerra, importante ressaltar que no Brasil o fenômeno só se deu com a Constituição Federal de 1988.

Sobre o tema posiciona-se Barroso:

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar.¹⁴

É neste modelo, do Pós-Positivismo, que surgem os principais debates acerca dos princípios constitucionais. A divisão da norma em regras e princípios, assim como o reconhecimento da normatividade destes princípios fazem parte da construção do neoconstitucionalismo. A partir deste momento é que os estudos sobre o tema passam a receber a devida importância e desenvolvimento pela doutrina.

3. Os Princípios Constitucionais

A primeira questão a ser tratada aqui é a divisão da norma em regras e princípios. Assim temos norma como gênero e regras e princípios com espécies. Observa Robert Alexy:

Tanto regras quanto 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 espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.¹⁵

Luís Roberto Barroso apresenta, neste sentido, importante contribuição à questão. Leciona este constitucionalista:

Após longo processo evolutivo, consolidou-se na teoria do Direito a idéia de que as normas jurídicas são um gênero que comporta, em meio a outras classificações, duas grandes espécies: as regras e os princípios. Tal distinção tem especial relevância no tocante às normas constitucionais. O reconhecimento da distinção qualitativa entre

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 245.

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. p. 87.

estas duas categorias e a atribuição de normatividade aos princípios são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo.¹⁶

Com o Pós-Positivismo os princípios constitucionais passaram a gozar de posição hierárquica privilegiada.

Esta posição permitiu a eles a plena normatividade, porém, em virtude das fases anteriores - Jusnaturalismo e Juspositivismo - em que ainda eram deixados de lado, este reconhecimento de normatividade não foi imediato, sendo, aos poucos, assimilado pela doutrina.

Ensina Loacir Gschwendtner:

Não temos dúvida 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.¹⁷

E Bonavides assevera:

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.¹⁸

Assim, fica claro que, hodiernamente, já não existem mais dúvidas sobre a normatividade dos princípios constitucionais.

Luís Roberto Barroso apresenta três modalidades de eficácia dos princípios constitucionais, quais sejam: a eficácia direta, a eficácia interpretativa e a eficácia negativa.¹⁹

A eficácia direta ocorre quando “o princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra, pelo enquadramento do fato relevante na proposição jurídica nela contida”.²⁰

A eficácia interpretativa significa que as normas, tanto constitucionais quanto infraconstitucionais, devem ser interpretadas de acordo com os princípios constitucionais.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 203.

¹⁷ GSCHWENDTNER, Loacir. **A Constitucionalização do Direito Privado Contemporâneo.** Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. p. 47.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 292.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 318.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 318.

Leciona Barroso: “A *eficácia interpretativa* consiste em que o sentido e alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrigados nos princípios constitucionais”²¹.

Com relação à eficácia negativa, aqui merece atenção o controle de constitucionalidade de qualquer norma ou ato jurídico em conflito com o princípio constitucional em questão²², o que mostra, de forma amplamente clara, a normatividade e superioridade dos princípios constitucionais dentro do ordenamento jurídico.

Importante ressaltar que não apenas os princípios explícitos gozam de toda esta superioridade, recebendo igual tratamento os princípios implícitos extraídos da essência da Constituição conforme explica Ruy Samuel Espíndola:

Reconhecendo-se, destarte, normatividade não só aos princípios que são, expressa e explicitamente, contemplados no âmago da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes do seu sistema, são anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar do direito.²³

Tamanha é a importância dos princípios constitucionais dentro do ordenamento jurídico que, sobre o tema, discorre Celso Antônio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.²⁴

Neste mesmo sentido Ricardo Cunha Chimenti *et al* aponta:

A interpretação das normas deve ser feita sempre em conformidade com os princípios constitucionais, sob pena de descentralização do arcabouço constitucional. A violação dos *princípios* tem consequências diversas e mais relevantes que a violação de uma *regra*. Violar um princípio constitucional é o mesmo que violar todo o sistema constitucional. A violação de uma *regra* sujeita o

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 319

²² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 320.

²³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada.** 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002. p. 60-61.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 949.

infrator às sanções nela previstas, sem que se produzam conseqüências maiores ao conteúdo constitucional.²⁵

Porém, dentro deste contexto pós-positivista, mesmo com toda atenção que doutrinadores vêm direcionando ao tema, ainda encontram-se barreiras e dificuldades na aplicação prática, conforme leciona Alexandre Morais da Rosa:

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 *sensu 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.²⁶

Este problema na aplicação prática dos princípios, reflexo de longo período positivista, apresenta-se claramente no artigo 4º do Decreto-Lei 4.657/42 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e no artigo 126 da Lei 5869/73 – Código de Processo Civil.

4. Artigos 4º do Decreto-Lei 4.657/42 e 126 da Lei 5869/73

O artigo 4º do Decreto-Lei 4.657/42, como não poderia deixar de ser, nascido na época em que o positivismo jurídico ainda desfrutava de grande prestígio aqui no Brasil, apresenta o seguinte texto *in verbis*:

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

Da mesma forma o artigo 126 do Código de Processo Civil de 1973, em sua segunda parte, reproduz a norma do artigo 4º supracitado. Diz tal artigo:

“Art 126 O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

Como se pode notar, ambos os artigos tem redação anterior à Constituição Federal de 1988, de forma que à sua época retratavam a realidade positivista. Em ambos os casos a ideia

²⁵ CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 535-536.

²⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2005. p. 54.

do legislador é que o juiz deve aplicar a lei, e apenas no caso de omissão legal poderia recorrer a outras fontes do direito.

Pelo exposto no tópico anterior nota-se que essa não é a realidade do direito hodierno em que os princípios constitucionais estão hierarquicamente acima da lei.

Assim leciona Lenio Luiz Streck, referindo-se, entre outros, aos artigos 4º da Lei de Introdução e 126 do Código de Processo Civil:

Os dispositivos, a par de sua inequívoca inspiração positivista (permitindo discricionariedades e decisionismos), e sua frontal incompatibilidade com uma leitura hermenêutica do sistema jurídico, superadora 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 os princípios gerais do direito.²⁷

Continua Lenio Luiz Streck:

De todo modo, não se pense que isso 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 objetivavam 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 na farta literatura sobre a matéria. Agregue-se, ainda, por relevante, 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. Ocorre que, com a edição da Lei 12.376, em 30 de dezembro de 2010, esta 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.²⁸

E finaliza:

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, nesta 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

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 140.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 140-141.

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).²⁹

Infelizmente, em pleno neoconstitucionalismo, o legislador brasileiro parece tentar, de todas as formas, impedir o desenvolvimento deste novo modelo. Com isso cria barreiras não condizentes com o atual desenvolvimento doutrinário dado a estas questões. Apresenta-se, assim, mais uma vez o risco de antinomias legais, caso que poderá ocorrer com a (possível) aprovação do novo Código de Processo Civil em relação ao artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³⁰.

5. Artigo 108 do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil

De acordo com o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, o artigo 108 terá a seguinte redação:

“**Art. 108.** O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade na lei, cabendo-lhe, no julgamento da lide, aplicar os princípios constitucionais e as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.”

Mais uma vez o legislador demonstra apego à lei em detrimento do ordenamento constitucional. Volta a falar, expressamente, em lacuna ou obscuridade na *lei*. Pior do que isso, parece colocar os princípios constitucionais em hierarquia equivalente a da lei infraconstitucional.

Pelo que já foi dito, nota-se que o artigo será inconstitucional e reacionário, além de representar uma tentativa de (re)colocar a lei no centro do ordenamento jurídico. Isto em pleno neoconstitucionalismo.

6. Artigo 119 da Emenda nº 1 – CTCPC – Substitutivo

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 141.

³⁰ Caso ocorra a aprovação do Novo Código de Processo Civil, nos termos do Substitutivo apresentado, com a redação do artigo 119 ocorrerá uma antinomia entre ele e o artigo 4º do Decreto-Lei 4.657/42.

No artigo 119 do Substitutivo, com uma redação mais bem elaborada, percebe-se uma tentativa de corrigir o equívoco do artigo 108 do Anteprojeto. O supracitado artigo tem a seguinte redação:

“**Art. 119.** O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade no ordenamento jurídico, cabendo-lhe, no julgamento, aplicar os princípios constitucionais, as regras legais e os princípios gerais de direito, e, se for o caso, valer-se da analogia e dos costumes.”

Nesta redação a *lei* não está mais em destaque como antes e os princípios constitucionais estão expressamente citados antes dela. Em verdade desde 1988 já é assim – princípios constitucionais hierarquicamente acima da lei –, porém, na prática, muitos juristas parecem necessitar que isto esteja escrito em uma lei, um grande absurdo, pois, já está implícito na ordem constitucional vigente, que, como se sabe, está acima da lei.

Cabe aqui, ainda, uma crítica ao legislador em manter na redação do artigo o termo “princípios gerais de direito”.

Sobre os princípios gerais do direito ensina Lenio Luiz Streck:

Já de pronto deve ser dito: no Constitucionalismo Contemporâneo, marcadamente pós-positivista, não há mais espaço para os princípios gerais do direito, que não passam de axiomas com finalidades próprias no positivismo do século XIX.³¹

E, adiante, complementa:

Malgrado tais esforços, entendo que, com o advento do constitucionalismo principiológico, não há mais que se falar em “princípios gerais do Direito”, pela simples razão de que foram introduzidos no Direito como um “critério positivista de fechamento do sistema”, visando preservar, assim, a “pureza e a integridade” do mundo de regras.³²

Outrossim, vale destacar que, observando o ordenamento jurídico através da constituição, chega-se a conclusão de que a parte inicial do referido artigo já está devidamente tratada pelo ordenamento constitucional. É que a parte: “o juiz não se exime de decidir” já está garantida pela própria Constituição Federal de 1988 quando assegura a inafastabilidade do controle jurisdicional em seu artigo 5º, XXXV, assim, caso o juiz não decida alegando lacuna ou obscuridade no ordenamento, independente da existência, ou não, de um artigo no

³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 133.

³² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 139.

código processual a respeito, o fato é que, agindo dessa forma, este juiz estará obstaculizando o acesso à justiça³³, infringindo dessa forma a Lei Maior do Estado Democrático de Direito, qual seja a Constituição Federal. Ressalte-se que o acesso a justiça não significa apenas o direito de acionar o judiciário, mas é uma garantia de obtenção de um pronunciamento judicial justo a respeito da pretensão apresentada.

7. Considerações Finais

Com a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, o Brasil finalmente entrou na era do neoconstitucionalismo.

Com isso, parte da legislação infra-constitucional não foi recepcionada pelo novo ordenamento constitucional, tendo em vista sua incompatibilidade com os novos preceitos.

Assim, após análise dos artigos 4º do Decreto-Lei 4.657/42 e 126 da Lei 5.869/73 frente ao ordenamento constitucional vigente, conclui-se pela não-recepção de tais normas pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista seu caráter eminentemente positivista.

No que tange ao Anteprojeto de Código de Processo Civil, o artigo 108, o qual trata do tema, mostrou-se inconstitucional e reacionário.

Já em relação à Emenda nº 1 – CTCPC – Substitutivo, em seu artigo 119, o texto parece ter apresentado evolução. Porém, trata-se de tema complexo que necessita de um estudo mais aprofundado por parte de operadores do direito. Os riscos ao se aprovar um novo Código Processual “às pressas” são grandes, e podem gerar problemas futuros para a justiça brasileira. Assim, conclui-se pela imprescindível necessidade de uma maior reflexão, por parte dos juristas, sobre o tema.

³³ Ensina Cândido Rangel Dinamarco: “Acesso à justiça não equivale a mero ingresso em juízo. A própria garantia constitucional *da ação* seria algo inoperante e muito pobre quando se resumisse a assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, sem garantir-lhes também um tratamento adequado. É preciso que as pretensões apresentadas aos juízes cheguem afetivamente ao julgamento *de fundo*, sem a exacerbação de fatores capazes de truncar o prosseguimento do processo, mas também o próprio sistema processual seria estéril e inoperante enquanto se resolvesse numa técnica de atendimento ao direito de ação, sem preocupações com os resultados exteriores. Na preparação do exame substancial da pretensão, é indispensável que as partes sejam tratadas com igualdade e admitidas a participar, não se omitindo da participação também o próprio juiz, de quem é a responsabilidade principal pela condução do processo e correto julgamento da causa. *Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça*. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume I. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 118.)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. 669 p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. 1102 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. 451 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. 809 p.

BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>, acesso em 13/10/2011.

_____. Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Publicado no *DOU* de 09.09.1942, retificado no *DOU* de 08.10.1942 e no *DOU* de 17.06.1943.

_____. Emenda nº 1 – CTCPC – Substitutivo. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83984&tp=1>, acesso em 13/10/2011.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Publicada no *DOU* de 17.01.1973.

CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 614 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume I. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. 724 p.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002. 288 p.

GSCHWENDTNER, Loacir. **A Constitucionalização do Direito Privado Contemporâneo**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. 174 p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Inflação Legislativa**. 1998. Disponível em: http://www.gandramartins.adv.br/art_detalhes.asp?id=891, acesso em: 13/10/2011.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2005. 132 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. 420 p.