



Marcus Junqueira

A CONCEPÇÃO DE NORMA SUBJACENTE AO NOVO CPC

35

THE UNDERLYING CONCEPT OF NORM UNDER THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

André Borges Coelho de Miranda Freire

RESUMO

Visa à análise de qual concepção de norma o novo CPC adota. Dirige-se aos mecanismos de uniformização de jurisprudência trazidos pelo novel diploma, que parecem corroborar o acolhimento de nova concepção de norma, por parte do legislador, como já deixavam entrever as reformas levadas a efeito sobre o CPC-73.

PALAVRAS-CHAVE

Novo Código de Direito Civil; Direito Processual Civil; Teoria do Direito; argumentação jurídica; norma; uniformização jurisprudencial – mecanismo; Hans Kelsen; Robert Alexy; Friedrich Müller.

ABSTRACT

The author aims at assessing how the legal norm is conceived under the new Civil Procedure Code. He addresses the case law standardization mechanisms brought by the 2015 statute, which seem to support the legislator's new idea of legal norm, as demonstrated by the reforms made to the 1973 Code.

KEYWORDS

New Civil Procedure Code; Civil Procedure Law; Legal Theory; legal argumentation; norm; case law standardization – mechanism of; Hans Kelsen; Robert Alexy; Friedrich Müller.

1 INTRODUÇÃO

Com o intuito de tratar de peculiaridades brasileiras, como causas de massa ou repetitivas, o novo CPC, em continuação a uma onda começada já com as reformas do CPC-1973, findou por positivar uma concepção doutrinária moderna de norma, não prévia, mas construída por meio do processo, no campo da argumentação jurídica.

Far-se-á, portanto, primeiramente, breve apresentação da teoria da norma que subjazia ao antigo CPC, comparando-a com correntes atuais, com o fito de verificar efetivamente o compasso dessa evolução com as alterações legislativas.

Ademais, conferiu o novo diploma mais explicitamente força às Cortes Superiores e aos colegiados em geral, no sentido da uniformização da jurisprudência, tornando cogentes certos tipos de decisões desses tribunais em relação aos demais órgãos do Judiciário.

Nessa toada, a lei acompanha a moderna teoria da argumentação jurídica e oficializa muito do procedimentalismo nela presente, como se buscará mostrar, sob a luz da obra de Robert Alexy.

Hodiernamente, os instrumentos de unificação de jurisprudência, se lidos em conjunto com o todo do novo CPC e no atual estágio da teoria do direito, demonstram verdadeiro câmbio na concepção de norma jurídica adotada pelo CPC.

Importante norte do presente trabalho é perceber que, se a busca pela uniformização de jurisprudência não é propriamente nova entre nós, parece que antes era fundada na mera disciplina judiciária, na busca por segurança jurídica e controle por parte da cúpula do Judiciário. Hodiernamente, os instrumentos de unificação de jurisprudência, se lidos em conjunto com o todo do novo CPC e no atual estágio da teoria do direito, demonstram verdadeiro câmbio na concepção de norma jurídica adotada pelo CPC.

Se, quando da elaboração originária do CPC-1973, norma era, ao menos para a lei, a norma legal (a visão doutrinária já era mais avançada), e o sistema do Direito Civil Continental era mais puro entre nós, o novo CPC-2015 vem

à tona numa época em que, segundo a jurisprudência, norma já não se identifica apenas com lei; princípios jurídicos são considerados normas e há forte influxo do Direito Comum de origem anglo-saxã.

Por fim, enfrentar-se-ão brevemente acusações a esse novo modelo legislativo, que, se já era de fato, não era, até há poucos anos, *de iure*. Trata-se de considerações sobre a legalidade, legitimidade das decisões, livre convencimento motivado dos juízes, entre outros, a serem tratados em arremate desta sucinta análise da nova teoria de norma adotada pelo processo civil brasileiro.

2 BREVES NOTAS SOBRE A NORMA E INTERPRETAÇÃO JURÍDICAS EM HANS KELSEN

É largamente conhecida a influência de Kelsen na teoria jurídica latino-americana, inclusive do Brasil. Entretanto, pouco se lê o último capítulo de seu *Teoria Pura do Direito*, que cuida da interpretação jurídica.

É pela análise desse capítulo que se resumirá o pensamento do autor, que, embora ainda fale em norma jurídica no sentido forte¹, adota um normativismo

de uma moldura de possibilidades de aplicação, como se depreende do seguinte trecho: [...] *ela [a norma do escalão superior] determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar. Essa determinação nunca é, porém, completa. [...] Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma de escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por esse ato* (KELSEN, 1962, p. 285).

Assim, percebe-se que, dentro dessa moldura, haveria múltiplas possibilidades de decisão, o que destoaria da teoria da interpretação mais tradicional, que almeja ao encontro de suposta única solução correta.

A crítica que se faz a Kelsen é o voluntarismo para o qual descamba², pois, afastando a possibilidade de única interpretação correta, considera que são os legisladores, juízes e demais agentes públicos que criam, em concreto, por interpretação autêntica (no sentido de estatal e proveniente de quem é competente para a decisão) as normas jurídicas, de um escalão a outro; seja da Constituição às leis, das leis às decisões concretas, ou das decisões concretas a sua execução.

Claro também não fica se a moldura a que ele se refere é vislumbrada como produto de uma atividade cognoscitiva ou se também é ato de vontade. De toda forma, chega-se a afirmar que, ainda que fora da moldura, a decisão pode-se estabilizar pelo trânsito em julgado, sobretudo quando *pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância* (KELSEN, 1962, p. 295).

O autor realiza, assim, forte cisão entre a interpretação dos agentes públicos (legisladores, juízes e funcionários públicos em geral) e aquela da ciência do direito. Afirma que o papel da última é justamente o de apontar as mais diversas possibilidades interpretativas de certa norma e que, escolhendo uma, só deve fazê-lo em caráter de sugestão, pois, ao fim e ao cabo, é decisão de política jurídica.

Nesses termos, pode-se inferir que, para Kelsen, há sim a norma como ente

prévio, mas há, outrossim, o reconhecimento de que não existe necessariamente uma solução correta para todos os casos, problema que se soluciona considerando-se a decisão jurídica como sendo, não de conhecimento ou científica, mas política, o que não significa arbitrariedade, mas tão somente que é preciso decidir e pôr termo aos conflitos, em meio às contingências interpretativas.

É orientação, enfim, que não prescinde da norma como ente prévio, mesmo porque se baseia na estrutura piramidal do direito nem fecha a possibilidade de dedução das normas concretas a partir das leis, o que se corrobora pelo seguinte trecho, que cuida da importância de a ciência jurídica apontar para as múltiplas interpretações da lei: *É que uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica* (KELSEN, 1962, p. 298).

Com essa breve exposição, quis-se chegar ao seguinte: a ideia de precedente vinculante e de disciplina judiciária, no legalismo estrito e também no normativismo, parece estar umbilicalmente ligada à de controle da magistratura, seja no afã de assegurar a única interpretação jurídica correta, até com recurso ao Legislativo³ ou de dar segurança jurídica, como no caso do normativismo, uma vez que se quer unificar a política jurídica, em meio às múltiplas possibilidades.

Ora, se há normas prévias e a solução é única, deve haver repressão aos insurgentes, se se pensa no juiz como boca da lei; já se é questão de vontade, para não se chegar ao caos, em termos de segurança jurídica, igualmente necessário algum mecanismo de controle.

Ilustrações dessa concepção de norma podem ser encontradas em dispositivos do CPC-73, como os seguintes: *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. (Redação dada pela Lei n. 5.925, de 1/10/1973). Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

No primeiro dispositivo, fala-se em aplicação da lei, o que pressupõe evidentemente a ideia de norma prévia, e o segundo veda, em regra, a equidade. Ademais, embora não o diga expressamente, pode-se presumir que Kelsen rejeitaria o procedimentalismo atual da teoria da argumentação jurídica, sendo cético em relação a sua capacidade de conduzir a uma decisão “racional” ou coisa que o valha; prova disso é que critica os chamados “métodos de interpretação”, afirmando que *não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como correta* (KELSEN, 1962, p. 290).

A tese central do presente artigo é que, no atual momento teórico, que se reputa, em alguma medida, acompanhado pelo legislador de 2015, há também o elemento da segurança jurídica, mas a ele se soma uma nova teoria da norma, construída em concreto, a partir de textos e não de normas prévias, segundo os ditames da teoria procedimentalista da argumentação jurídica, adotada em diversos pontos pelo novo CPC, como se demonstrará.

3 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O NOVO CPC

Este tópico será desenvolvido a partir do estudo de dois autores que, a nosso ver, complementam-se. O primeiro deles é Robert Alexy, que, ainda que com certo procedimentalismo criticável, ajuda a explicar o que ocorre na decisão jurídica; o segundo é Friedrich Müller, grande expoente da corrente para a qual não há propriamente normas prévias, mas textos normativos, falando-se em concretização normativa, em vez de aplicação.

Cada um desses autores será relacionado com a normatização do processo civil, segundo o novo CPC.

3.1 ROBERT ALEXY, PROCEDIMENTALISMO E O NOVO CPC

Alexy pontifica ser a argumentação jurídica um caso específico da argumentação prática geral⁴, caracterizada pela

nota da vinculação ao direito vigente. A pertinência ao discurso prático geral é fundamentada com dois pontos: que as questões jurídicas se referem a questões práticas, e que essas questões são discutidas desde um ponto de vista de pretensão de correção (a solução correta, ou uma das corretas) (ALEXY, 1989, p. 206).

Em sua teoria da argumentação jurídica, quer ele responder à pergunta do que é uma fundamentação “racional” no marco do ordenamento jurídico vigente. E começa respondendo pelos modos de justificação da decisão jurídica, no que há forte correspondência com o novo CPC, o qual, em vários dispositivos, traz essa preocupação.

Primeiramente, tem-se a *justificação interna*, que consiste em *tratar de ver se a decisão se segue logicamente das premissas que se aduzem como fundamentação* (ALEXY, 1989, p. 214). Veja-se que aqui não se põe em questão a validade, legitimidade ou correção das premissas, mas tão somente se elas levam às conclusões a que chegou o jurista.

Embora seja tema sobremaneira complexo, cita o tedesco diversos postulados que funcionam na justificação interna, alguns dos quais ora se transcrevem: *para a fundamentação de uma decisão jurídica se deve aduzir pelo menos uma norma universal; deve-se articular o maior número possível de passos de desenvolvimento; pressupostos devem ser formulados explicitamente* (ALEXY, 1989, p. 215-220)⁵.

Esses exemplos foram *ad hoc* escolhidos, para que sua verberação seja notada nas seguintes previsões do NCPC-2015: *Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.* (Grifo nosso).

Esse primeiro mandamento não impressiona especialmente, pois já poderia ser deduzido do Código anterior e decorre diretamente da Constituição, que manda motivar decisões judiciais e administrativas.

O que mais salta aos olhos é o seguinte artigo, que, sobretudo pela definição negativa do que não se considera

fundamento (§ 1º abaixo), instaura verdadeiro *iter* de fundamentação, como que exigindo a justificação interna necessária ao atingimento da decisão racional, nos termos de Alexy. *In verbis*: Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. [...] (Grifos nossos).

O destaque dos precedentes no novo processo civil não é desprezível. Razões são certamente a segurança jurídica, estabilidade e proteção à confiança que proporcionam, assim como o respeito à isonomia.

Da transcrição do dispositivo, fica cristalinamente claro ser questão de justificação interna, pois o legislador se ocupa da relação dos fundamentos usados pelo magistrado com a decisão final, vedando-se fundamentações genéricas.

Passa-se, então, à *justificação externa*, que, nas palavras de Alexy, é a *fundamentação das premissas utilizadas na justificação interna* (ALEXY, 1989, p. 222). É uma discussão que se liga, portanto, às fontes do direito, tema indireto do presente escrito, uma vez que se estuda a teoria da norma, segundo e em comparação com o novo CPC. Apresenta o autor alguns grupos de regras e formas de justificação externa, sobre os quais se discorrerá brevemente.

Primeiramente, há a argumentação empírica, baseada na regra do discurso prático geral de que *qualquer falante pode a qualquer momento passar a um discurso empírico* (ALEXY, 1989, p. 201). Obviamente, há limites no direito, mas nota o autor que frequentemente, nas disputas jurídicas, tem a apreensão dos fatos papel decisivo (ALEXY, 1989, p. 225). A argu-

mentação empírica sempre fez parte da argumentação jurídica, e o novo Código não trouxe grandes inovações nesse ponto.

Em segundo lugar, há os cânones de interpretação, que, à diferença de Kelsen, são mais valorizados em Alexy, embora também reconheça as dificuldades em, por exemplo, hierarquizar os métodos interpretativos entre si, sobretudo quando levam a resultados distintos.

Sua função, segundo o autor, é *fundamentar as interpretações jurídicas e até normas não positivas* (ALEXY, 1989, p. 226). O destaque que se faz, entretanto, é que, usando-se os referidos cânones, deve haver saturação de toda forma de argumentos, evitando-se “falatórios vazios” (ALEXY, 1989, p. 236). O que se tenciona afirmar com isso é que, mais uma vez, devem-se explicitar todas as premissas, como já se sugeriu na justificação interna, o que, como visto, é endossado pelo novel diploma.

Chega-se a declarar que *os argumentos que expressam vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam aduzir motivos racionais que confirmam prioridade a outros argumentos* (ALEXY, 1989, p. 239). Queda, portanto, clara a preocupação com a legitimidade das decisões judiciais, buscando-se respeitar o que se considera como literalidade ou contexto histórico de sua aprovação.

Não há, nesse particular, correspondência específica com algum dispositivo do novo CPC, embora se continue caminhando para apresentar uma atual concepção de norma e argumentação jurídicas, que se consideram adotadas por institutos de uniformização de jurisprudência consagrados pela lei em estudo.

Nesse sentido, em terceiro lugar, existe a argumentação dogmática, que considera Alexy como a referente à doutrina ou ciência do direito, contendo vários pontos semelhantes à argumentação pelo precedente, como se verá. Segundo ele, argumentos dogmáticos são aqueles que: se organizam na forma de enunciados relacionados com normas estabelecidas e com a jurisprudência; formam um todo coerente; se organizam no corpo da dogmática, que se pode chamar institucional, no sentido de conjunto relativamente estável no tempo, ainda que discutível e têm conteúdo normativo (ALEXY, 1989, p. 244-246).

Ademais, não se podem ignorar as importantes funções da dogmática jurídica. São elas: a função de estabilização, que permite fixar, ainda que provisoriamente, certas formas de decisão; função de progresso, pois, pela institucionalização da dogmática, permite-se a ampliação da discussão jurídica, sem haver sempre que recomeçar ou atualizar o que há, após modificações legislativas, jurisprudenciais ou sociais; função de descarga, que permite usar institutos e soluções dogmáticas estabelecidas, sem a necessidade de argumentar do zero; função técnica, consistente na construção de conceitos, formas de enunciados, institutos etc.; função de controle, para evitarem-se discrepâncias nas decisões de casos semelhantes; e, por fim, a função heurística, que permite evolução, visão e direcionamentos, os quais, sem o corpo organizado da dogmática, não seriam possíveis (ALEXY, 1989, p. 255-260).

Arremata-se com a seguinte fórmula: *se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados* (ALEXY, 1989, p. 261). Está aqui efetivamente na prática das decisões judiciais; ninguém negará a importância que tem a doutrina para o direito e, em especial, para a prática jurisprudencial. Ela e a jurisprudência se retroalimentam.

Por fim, dá-se atenção aos precedentes, tema importante de nossas considerações, pois que são objeto de voraz legiferação, no novo CPC e peça-chave para que se vislumbre a teoria da norma subjacente a ele.

A título de curiosidade, na acepção de que ora se trata, ocorre o termo “precedente” seis vezes no novo CPC, em oposição a uma vez no anterior; isso sem contar as múltiplas referências indiretas, nos dispositivos que cuidam da uniformização da jurisprudência na nova lei.

Começa Alexy por notar que a força do precedente se deve ao princípio da universalidade, pelo objetivo de tratar igualmente os casos semelhantes, de modo que, pela inércia, a “carga de argumentação” para não aplicar o precedente toca a quem deseja não vê-lo aplicado (ALEXY, 1989, p. 263), pois que o normal é seu emprego.

Tal orientação é expressamente adotada pelo NCPC, como no seguinte caso, *in verbis*: Art. 1.042. [...] § 1º *Sob pena de não conhecimento do agravo, incumbirá ao agravante demonstrar, de forma expressa: [...] II – a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando a inadmissão do recurso.* (Grifos nossos).

O destaque dos precedentes no novo processo civil não é desprezível. Razões são certamente a segurança jurídica, estabilidade e proteção à confiança que proporcionam, assim como o respeito à isonomia.

Nesse mesmo sentido, há os seguintes dispositivos regentes da modificação de teses vencedoras em recursos especiais e extraordinários repetitivos, que, além de concernirem à carga da argumentação, revelam o chamado “princípio da inércia”, que pode ser encontrado em Chaïm Perelman⁶.

Eis os trechos legais em discussão, *in verbis*: Art. 927: (...) § 2º *A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.* § 3º *Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos*

efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º *A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.* (Grifos nossos).

Justamente pelas finalidades dessas técnicas de pacificação jurisprudencial, requer o novo CPC cautela em mudanças, incumbindo quem as deseja de observar a “necessidade de fundamentação adequada e específica”, para alcançar-se o desiderato.

Finaliza-se o presente tema com uma segunda, que reza: *Quando se possa citar um precedente em favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo* (ALEXY, 1989, p. 265).

Tal comando institucionaliza os precedentes como verdadeiras normas judiciais e parece ser endossado pelos seguintes enunciados do CPC: Art. 489. [...] § 1º *Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.* [...] Art. 927. [...] § 5º *Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.* Art. 988. *Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: IV – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.* (Grifos nossos).

O comum aos três dispositivos é que o precedente tem, segundo o Código, a cogência das leis, de modo que não podem deixar de ser seguidos sem justifica-

tiva, têm de ser publicizados; mais que isso, goza o precedente, na qualidade de norma concreta e pacificada, de *status* privilegiado em relação a normas legais, pois seu desrespeito pode ensejar reclamação, como previsto acima. Em suma, tudo colabora para a percepção de uma nova teoria da norma no novo CPC, o que será desenvolvido, em especial, no próximo tópico.

Por fim, não se pode deixar de notar o reforço ao contraditório, no novo processo civil, que já não se limita às partes, mas também inclui os *amici curiae*, por exemplo. É mais uma prova da aceitação de uma nova teoria da norma, que não mais se limita a crer em soluções únicas, nem tampou-

[...] não se pode deixar de notar o reforço ao contraditório, no novo processo civil, que já não se limita às partes, mas também inclui os amici curiae, por exemplo. É mais uma prova da aceitação de uma nova teoria da norma [...]

co que se trate de mero ato de vontade. Acredita o legislador que a participação ativa das partes no processo e também de terceiros tem potencial de melhorar a qualidade da prestação jurisdicional.

É possível vislumbrar, assim, a ressonância de regras frequentes na teoria da argumentação, ligadas à participação na discussão; respeitam ao discurso prático geral, mas se aplicam ao discurso prático jurídico, ainda que em parte, pois este último é caso especial do primeiro, como já explanado.

São as seguintes regras: *quem possa falar, pode tomar parte no discurso; todos podem problematizar qualquer asserção; todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades e a nenhum falante se pode impedir exercer seus direitos, citados nas regras anteriores, mediante coerção interna ou externa ao discurso* (ALEXY, 1989, p. 189).

Naturalmente, há limitações no campo do direito, pois nem a todos é dado peticionar nem pronunciar-se em todos os casos e há certas limitações práticas, inclusive no conteúdo das discussões, até mesmo pelas supracitadas funções da dogmática jurídica. Inobstante, é sensível na leitura da nova lei a confiança na maior abertura do processo a pronunciamentos das partes e de terceiros.

Poder-se-ia alegar que não há, nesse ponto, ligação com a teoria da norma propriamente, pois que o objetivo seria apenas solucionar o caso concreto, com auxílio do contraditório. O NCPC, entretanto, demonstra o contrário; dá grande valor às manifestações de partes e terceiros, quando da tramitação de diversos mecanismos de uniformização de jurisprudência tratados abaixo, no tópico seguinte, que se prestam precisamente a sedimentar teses, orientações, *rectius*: normas concretas para o futuro e casos pendentes.

Eis ilustrações do que se argumenta, todas retiradas do novo CPC: *Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. [...] § 3º O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.* (Grifos nossos).

Note-se a presença dos amici curiae no incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo-lhes dado até o direito de recorrer da decisão proferida no referido incidente.

40

Note-se a presença dos *amici curiae* no incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo-lhes dado até o direito de recorrer da decisão proferida no referido incidente. No mesmo incidente, há também a previsão de audiência pública, como se depreende do seguinte dispositivo: *Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.* (Grifos nossos).

Por fim, também no caso dos recursos especiais e extraordinários repetitivos há previsão semelhantes, *in verbis*: *Art. 1.038. O relator poderá: I – solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno; II – fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento; III – requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se.* (Grifos nossos).

Impactante dispositivo sobre o tema e que consagra de vez o chamado “processo cooperativo”⁷ é o seguinte, retirado do início do novo CPC, *in litteris*: *art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício*⁸.

3.2 MÜLLER, A CISÃO ENTRE TEXTO E NORMA E OS MECANISMOS DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA EM ESPÉCIE

Assim como Alexy, está Friedrich Müller inserido numa tradição que rejeita a norma como ente prévio. Müller fala em concretização normativa e tem o mérito de deixar claro que o que há previamente são meros textos normativos e que a norma é apenas o produto final da concretização normativa. Ao contrário do que possa parecer, há, assim como em Alexy (*vide* trecho em que o autor tratado acima privilegia os métodos literal e genético em detrimento de outros), preocupação com a legitimidade da decisão, no sentido de vinculação aos textos normativos emanados do Legislativo. O proceduralismo do presente autor é mais mitigado que o de Alexy, alvo, inclusive, de críticas de Müller. A censura é, principalmente, a obra posterior do primeiro, em que trata da ponderação de princípios e direitos fundamentais, senão vejamos: *Essa hipótese de resultados de colisões dificilmente controláveis em resultados de uma ponderação de bens pressupõe o axioma problemático, segundo o qual questões de vigência da norma poderiam ser em princípio determinadas juridicamente por uma “ponderação” linguística de bens jurídicos, pressupostos como dados. Com a afirmação da possibilidade de solucionar em princípio todas as questões de vigência dos direitos fundamentais e do alcance normatizador dos direitos fundamentais mediante a ponderação no caso individual, pressupõe-se uma harmonia preestabelecida dos bens jurídicos individuais constitucionalmente reconhecidos, que precisaria primeiramente ser fundamentada, para que isso fosse possível. Ela não entra no horizonte dessa visão reduzida da vigência do direito constitucional, pois na ponderação – que frequentemente desemboca num decisionismo [Dezision] irracional por falta de recursos metódicos auxiliares mais precisos – uma parte dos direitos fundamentais envolvidos, que também num primeiro momento supostamente nem vigem, é declarada no resultado como “não vigente”, sendo o excedente declarado por saldo como “vigente”* (MÜLLER, 2014, cap. V)⁹.

Há também, semelhantemente a Alexy, a crítica a Kelsen e ao decisionismo de Schmitt, juntados sob o epíteto de voluntaristas, *in litteris*: *A interpretação não vai além da constatação, por assim dizer, do descobrimento de várias normas individuais equivalentes no quadro da norma geral. Nem a ponderação de interesses nem os convencionais recursos auxiliares de método como a analogia ou o argumentum a contrario fornecem critérios objetivos. O que é reconhecido na hermenêutica moderna como a coexistência, prenhe de tensões, de elementos cognitivos e volitivos de uma concretização do direito por meio da jurisprudência e da doutrina, permanece separado com toda a pureza em Kelsen. A discussão científica é atribuída à área do conhecimento lógico na interpretação não autêntica; a interpretação autêntica (e.g., na sentença judicial) é concluída por meio de um ato de geração da norma, que aparece como mero ato de vontade, cujas medidas não propõem nenhum problema de teoria jurídica ou genericamente de direito positivo, mas apenas um problema de política jurídica. [...] Kelsen se aproxima com isso de um aspecto do decisionismo de Carl Schmitt, não só na perspectiva mais universal da filosofia do direito e da filosofia do Estado, mas também na perspectiva da hermenêutica jurídica* (MÜLLER, 2014, cap. III).

Como se vê, o ponto comum entre Kelsen e os realistas,

como Schmitt, Alexy e Müller é que todos abandonaram a ideia de vinculação direta, única e unívoca da norma. Enquanto os dois primeiros afirmam que, ao fim e ao cabo, o que vale é aquilo que os juízes e funcionários decidem, os dois últimos, embora não descartem totalmente tal conclusão, preferem sugerir diversos limites e balizas para o processo decisório, ainda que sempre a título precário.

Também Müller recai em uma visão de passos da argumentação jurídica, dirigidos especialmente à decisão constitucional, mas que pode ser aproveitada para os demais ramos do direito. A sua especificidade em relação a Alexy é a maior ênfase no respeito ao Estado de Direito e à consequente vinculação à Constituição e demais textos normativos, embora seus escritos se baseiem justamente no abismo entre os textos e a norma. Sem adentrar as minúcias e para dar ao leitor ideia do pensamento de Müller, cita-se a súmula dos passos da concretização normativa dele, nas palavras de Adeodato (ADEODATO, 2002, p. 241-250).

Primeiramente, há os dados linguísticos, que fornecem os “dados reais” necessários à concretização, os elementos pré-jurídicos que formam o contexto antes da concretização. Com esses dois grupos de dados, confronta-se o conjunto dos textos normativos e proposições normativas genéricos. Depois disso, há o relato do caso, que é a descrição leiga do ocorrido no caso concreto e que, pela intermediação no profissional do direito, transforma-se no conjunto de matérias – filtrando o conjunto delas (que são fatos transformados por algum contato com os textos normativos) e chegando-se ao âmbito da matéria (que é o resultado da filtragem do conjunto de matérias à luz dos textos normativos específicos escolhidos e equivale aos dispositivos e institutos aplicáveis, posicionamentos jurisprudenciais etc.).

Reunindo o conjunto de matérias ao âmbito da matéria, obtém-se o âmbito do caso, que é o âmbito da matéria para o caso em questão. A seguir, reúne-se a interpretação dos textos normativos aos elementos que compõem o programa da norma (técnicas hermenêuticas).

Passa-se ao âmbito da norma – conceito central em Müller – que compreende as características fáticas trazidas ao processo de concretização, a partir do

conjunto de matérias e já trabalhadas com o programa da norma.

A estrutura da norma compõe-se, assim, de programa da norma (que medeia o conjunto de matérias e a construção do âmbito da norma) e de âmbito da norma. Chega-se à norma jurídica, que se concretizará na norma decisória.

Apresentados brevemente esses estágios do processo decisório jurídico, é chegada a hora de tratar, em específico, dos mecanismos de uniformização de jurisprudência. Parece não pairar mais dúvida sobre o caráter de fonte de direito do precedente, o que, se não era de direito, agora também o é com o novo CPC. Mais que isso, a norma pode ser considerada apenas como aquela produzida no caso concreto, como em Müller.

O primeiro desses institutos é o de **assunção de competência**, já introduzido no Código de 1973 pelo legislador reformador e consagrado no novo CPC; em resumo, para estabelecer, de maneira segura, a orientação de determinado tribunal, transfere-se o exame de certa causa de um colegiado menor para um órgão maior (Plenário ou órgão especial, por exemplo).

Como se vê, o ponto comum entre Kelsen e os realistas, como Schmitt, Alexy e Müller é que todos abandonaram a ideia de vinculação direta, única e unívoca da norma.

Assim determina o NCPC: *Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. [...] § 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese. § 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.*

É incidente claramente projetado para neutralizar o dissenso e dar segurança jurídica dentro dos tribunais, tendo especial valor dentro dos tribunais superiores. Houve esforço em conceder força normativa a esse tipo de *decisum*, de modo que:

1) permite-se ao relator julgar, de plano, o conflito de competência quando se cuidar de tese firmada em incidente de assunção de competência (art. 955, parágrafo único, II do NCPC);

2) sua inobservância enseja reclamação (art. 988, IV);

3) exige-se manifestação judicial sobre incidente de assunção de competência aplicável, sob pena de considerar-se omissa a decisão (art. 1.022, parágrafo único, I);

4) admite-se, com base no presente incidente, a improcedência liminar do pedido (art. 332);

5) seu emprego faz dispensar a remessa necessária (art. 496, § 4º, III);

6) é de expressa observância obrigatória pelos juízes e tribunais (art. 927, III);

7) é dado ao relator negar provimento ou dá-lho de plano (nesse último caso, após contrarrazões), tendo havido incidente de assunção de competência sobre o tema (art. 932);

8) dispensa o aumento do quórum após julgamento não unânime de apelação (art. 942).

A segunda técnica estudada é o **incidente de resolução de demandas**

repetitivas, que é novidade no NCPC (no CPC-73, surgiu, em determinada reforma, instituto semelhante, mas limitado ao REsp e RE).

É instituto inspirado em pares europeus seus. Os modelos são a *Group Litigation Order* do direito inglês, que permite tramitação conjunta de demandas semelhantes, podendo abranger tal semelhanças fáticas e jurídicas, designando-se um tribunal a quem competirá a questão comum, resolvendo a matéria em relação aos interessados que assim postularem, e o *Musterverfahren*, introduzido primeiramente em 1991, na Alemanha e que concerne ao julgamento de caso-piloto, para orientar o posicionamento da jurisprudência alemã a respeito de certa controvérsia, destacando-se as questões comuns das várias demandas individuais, que serão julgadas por tribunal de segundo grau, ao que se seguirá a aplicação da solução da questão comum

pelos juízos originários de cada processo individual (MARINONI, 2015, p. 577). O instituto brasileiro, como se vê abaixo, apenas se presta à solução da *mesma questão de direito*.

Prevê o NCPC: Art. 976. *É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.* [...] § 4º *É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.* [...] Art. 978. *O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.* Art. 979. *A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.* § 1º *Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.* § 2º *Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.* § 3º *Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.* (Grifos nossos).

42

Parece não pairar mais dúvida sobre o caráter de fonte de direito do precedente, o que, se não era de direito, agora também o é com o novo CPC. Mais que isso, a norma pode ser considerada apenas como aquela produzida no caso concreto [...]

E, para evitar que os objetivos expressos do instituto não falhem, permite-se logo, processar-se RE ou REsp, para evitar-se controvérsia entre diferentes tribunais de segunda instância do país: Art. 987. *Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.* § 1º *O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.* § 2º *Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.*

Por fim, reforçando a força normativa da tese fixada, dentro do espectro de competência do tribunal de segunda instância: Art. 985. *Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I – a todos os processos individuais ou coletivos que ver-*

sem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. § 1º *Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.* § 2º *Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.* Art. 986. *A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.* (Grifos nossos). Note-se, por derradeiro, aplicarem-se as propriedades de números 4, 5, 6 e 8, da listagem feita em relação ao incidente de assunção de competência.

Os recursos especiais e extraordinários repetitivos são também importantes instrumentos de pacificação jurisprudencial, dada a abrangência nacional. Transcrevem-se logo mais os dispositivos mais pertinentes. Embora boa parte do instituto em questão já estivesse consubstanciada no CPC-73, pelas últimas reformas, é no Código novo seu berço mais adequado, dado todo o conjunto.

Eis o texto legal, *in litteris*: Art. 1.036. *Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.* § 6º *Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.* (Grifos nossos). Observe-se, inclusive, que o § 6º traz o requisito da saturação, tratado antes.

O seguinte artigo demonstra o que se quer efetivamente normatizar para casos pendentes e futuros, senão vejamos: Art. 1.037. *Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: I – identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento; II – determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional; III – poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia.*

Ademais, este derradeiro artigo reforça o caráter de cogência da tese firmada: Art. 1.040. *Publicado o acórdão paradigma: I – o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; II – o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; III – os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para*

juízo e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; IV – se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Por fim, é de notar-se que se aplicam aos recursos especiais e extraordinários repetitivos as propriedades 1, 2, 3, 5, 6 e 7, listadas na análise do incidente de assunção de competência.

Há, ainda, outros mecanismos, como os embargos de divergência, que não serão tratados para não exaurir o leitor e porque os exemplos já colacionados bastam para nosso argumento.

Ponto central defendido é que atualmente falar em norma em sentido estrito, i.e., aplicável diretamente e a que os fatos possam ser simplesmente subsumidos, só é admissível por aproximação e como resultado gerado pela jurisprudência, em especial por intermédio dos diversos institutos apresentados.

Oportuna aqui a seguinte citação de Friedrich Müller: *Em casos-limite, e, assim, em normas cujo teor é concretamente fixado, o âmbito normativo e as ideias normativas fundamentais, juntamente com outros elementos da concretização (exceto o gramatical), aparecem por detrás de um processo que apresenta semelhança com a aplicação e a subsunção* (MÜLLER, 2014, cap. XII).

Assim, não se pode olvidar que, se se pode ainda falar em norma nesse sentido estrito, são elas hoje as súmulas, que serão frequentemente fruto de todos os instrumentos de uniformização de jurisprudência, assim como outras normas concretas, outras extraídas de precedentes. De poucos textos legais e, em casos muito específicos apenas, é que se fala em aplicação, como afirma Müller. Não é por outra razão que o novo CPC deu tanto destaque às súmulas.

Permite-se, primeiramente, julgamento liminar pela improcedência, no caso de haver súmula, inclusive no caso de súmula de tribunal de justiça, quando se cuidar de direito local: *Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente*

o pedido que contrariar: I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Há também a recomendação em estabilizar a jurisprudência por meio de súmulas, que são para nós as normas concretas por excelência: *Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.*

[...] críticas relativas ao solipsismo judicial tampouco prevalecerão, pois se tratou aqui sempre de decisões tomadas por órgãos colegiados, com a participação de terceiros, havendo até possibilidade de audiências públicas.

Por fim, assegura-se a observância obrigatória, diluindo-se, inclusive a distinção entre súmula comum (do STF, no caso) e vinculante¹⁰: *Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] II – os enunciados de súmula vinculante; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; Art. 932. Incumbe ao relator: IV – negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; V – depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; [...].*

Perceba-se que, à diferença do art. 332, que regula o proceder dos juízes de primeiro grau, o art. 932 é mais generoso na força das súmulas de tribunais locais, não repetindo a limitação *ratione materiae*, de temas locais.

4 CONCLUSÃO

Em suma, está-se convencido de que se deu ampla positivação de teoria da norma mais atual, com a promulgação

do novo Código de Processo Civil.

Se havia antes os tribunais, sobretudo os superiores, como meras cortes de controle, essa visão já não mais se adapta ao novo processo civil nem à atual teoria da norma. Ela valia quando a interpretação normativa era considerada unívoca ou quando, ainda que aceita a multiplicidade de soluções, era questão de mero ato de vontade.

Nesse ponto, deve-se fazer a defesa de Kelsen, pois, diferentemente do que Müller afirma, em trecho citado no tópico correspondente, não se pode equiparar Kelsen aos realistas no voluntarismo. Esses últimos realmente, ao não descartar nenhum tipo de motivação interna do juiz, acabam por recair irreversivelmente no voluntarismo. Kelsen, entretanto, sobretudo no capítulo extensivamente cita-

do acima, não descarta certas balizas à decisão, mesmo porque menciona, como visto, o mister da Ciência do Direito, que seria precisamente o de apresentar as diversas soluções possíveis; apenas afirma o austríaco que, ao fim e ao cabo, o que o magistrado competente decidir e tornar-se processualmente imutável estabiliza-se, o que prevalece até hoje, mesmo no atual CPC, passado prazo de eventual rescisória, salvo os famigerados vícios transrescisórios¹¹, que passam longe de divergências em teses jurídicas. Mas que a argumentação jurídica não seja complexa, nem haja estabilização de soluções por parte da Dogmática, não está dito na obra de Kelsen.

Ademais, no sentido defendido por este artigo, em comentário aos recursos especiais e extraordinários repetitivos, embora sem tecer considerações acerca da teoria da norma diretamente, afirma Marinoni que o novo regramento desses recursos pressupõe uma nova concepção do STJ e STF, como cortes supremas de interpretação e de precedentes, o que é reflexo da nova interpretação do direito, que se reflete no regramento processualístico civil dos recursos em estudo (MARINONI, 2014, p. 544).

E arremata que o fim das referidas

cortes não é mais o controle dos casos evidenciados pelas decisões recorridas; esse é agora apenas o meio para atingir o fim precípua dessas cortes: diminuir a indeterminação do direito mediante adequada interpretação. O segundo grau teria ficado, então, como cortes de controle e de jurisprudência, cuja preocupação é a prolação de decisão justa e fomento do debate sobre os textos legislativos e seus diversos significados (MARINONI, 2014, p. 545).

Temos apenas de discordar em parte da última asserção, pois que nos parece que os tribunais de segundo grau também partilham a missão de diminuição na indeterminação do direito, pelas funções dos precedentes e súmulas suas, embora, é claro, a última palavra seja das cortes superiores.

Por fim, por todo o discutido, embora seja provável que surjam questionamentos concernentes ao princípio da legalidade (CF, art. 5º, II) e sobre o livre convencimento motivado¹² dos magistrados, não nos parece que as críticas prosperarão.

O novo CPC apenas consagra uma teoria da norma corrente há décadas e que atende sobremaneira bem às necessidades do processo de massa. Querer impedir que súmulas, por exemplo, tenham força concreta igual ou superior a das leis é contraproducente e supõe ignorar que a teoria da argumentação, sobretudo mediante suas considerações sobre a dogmática jurídica e precedentes, assegura frequentemente a vinculação aos textos normativos, o que dá legitimidade aos instrumentos de uniformização de jurisprudência.

E, quanto ao livre convencimento motivado dos magistrados, não fica totalmente aniquilado, pois não há sanções jurídicas ao magistrado¹³, por não obedecer aos precedentes. O que há é apenas uma grande probabilidade de reforma de decisão que não os segue, notando-se que, nos próprios institutos que visam a estabilizar a jurisprudência, como foi citado, há mecanismos que asseguram a ampla discussão dos temas, nada impedindo que magistrados insurrectos participem dessas discussões. Além disso, as modificações do novo diploma contribuem para a celeridade, economia processual e isonomia do tratamento jurídico.

Por fim, críticas relativas ao solipsismo judicial tampouco prevalecerão, pois se tratou aqui sempre de decisões tomadas por órgãos colegiados, com a participação de terceiros, havendo até possibilidade de audiências públicas. Valoriza-se, dessarte, a intersubjetividade, tão cara a teóricos do discurso prático, como Alexy, por exemplo, e a muitos juristas.

NOTAS

- 1 Norma jurídica como ente prévio e vinculante.
- 2 Crítica de Müller, detalhada no tópico 3.2 *infra*.
- 3 Há notícia de que na França, no caso de dúvida interpretativa, dever-se-ia até recorrer ao Legislativo. Com efeito, entre o início da Revolução Francesa e o Código de Napoleão, segundo Bobbio: [...] os juízes, quando não dispunham de uma norma legislativa precisa, se abstinham de decidir a causa e devolviam os atos ao poder legislativo para obter disposições a propósito. E isso em muitos casos era imposto pela própria lei revolucionária, que deseja estimular até o extremo o princípio da separação dos poderes (BOBBIO, 1995, p. 77).
- 4 Em apertada síntese de Alexy, os discursos são conjuntos de ações interconectadas, nos quais se comprova a verdade ou correção das proposições. Os discursos nos quais se trata da correção das proposições normativas são discursos práticos (ALEXY, 1989, p. 177).
- 5 A teoria retórica da argumentação jurídica baseia-se precisamente no silogismo entimemático, que se caracteriza pela supressão de partes do

silogismo, inclusive premissas. Não é questão necessariamente de má-fé ou arbitrariedade, mas de como ocorre normalmente a argumentação jurídica, beirando-se o ridículo ter de listar todas as premissas usadas ou conclusões, mecanicamente (SOBOTA, 1995, p. 251-273).

- 6 Para o referido autor, a mudança, ao contrário da inércia, tem de ser justificada, pois *uma decisão uma vez tomada, não pode ser revista, a não ser por razões suficientes* (PERELMAN, 1970, p. 142, tradução livre do autor).
- 7 Nas palavras de Fredie Didier Jr. (2013, p. 211-212), o processo cooperativo se caracteriza: [...] *pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida. A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques a algum dos sujeitos processuais.*
- 8 Mitigações ao artigo referido são de se esperar, tendência que já se observa do seguinte enunciado da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM): *Não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório*, segundo se verifica da lista de enunciados disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>.
- 9 Esta e as demais citações da presente obra de Müller não trazem página, mas apenas capítulo, pois se trata de livro eletrônico, em que não há propriamente páginas, cuja numeração varia enormemente, conforme dispositivo utilizado e fonte escolhida.
- 10 Pode-se vislumbrar ainda a diferença de que, segundo a própria CF (art. 103-A), as súmulas vinculantes se aplicam obrigatoriamente à Administração Pública e de todas as esferas. Na prática, entretanto, tendem as súmulas comuns, sobretudo de tribunais superiores, a serem aplicadas também pela Administração, como modo de evitar litígios judiciais.
- 11 Segundo Didier (2015), são os casos de decisão proferida contra o réu, em processo que ocorreu à sua revelia, por falta de citação ou por citação defeituosa.
- 12 *Sistema de decisão por que o juiz não é desvinculado das provas e dos elementos existentes nos autos, mas sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 86).
- 13 É verdade que o novo CPC ampliou a reclamação, prevista constitucionalmente no caso da súmula vinculante. Entretanto, não se aplica a qualquer súmula ou precedente e acaba funcionando como sucedâneo recursal. Transcreve-se parte do referido artigo, para que o leitor verifique a relativa limitação da reclamação: *Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I – preservar a competência do tribunal; II – garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.* Entretanto, parece longínqua a possibilidade do chamado “crime de hermenêutica”, sob a forma de abuso de poder, porque já chegou a ser condenado juiz do Rio Grande do Sul a nove meses de suspensão de suas funções, no fim do século XIX, conforme se pode verificar no seguinte link, que traz parte das Obras Completas de Rui Barbosa: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/ruibarbosa/18428/pdf/18428.pdf>>.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- _____. *A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/a-invalidacao-dos-atos-processuais-no-processo-civil-brasileiro/>>. Acesso em: 18 set. 2015.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1962. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: <<http://www.livrariart.com.br/produto/54087-teoria-estruturante-do-direito-i-livro-digital>>. Acesso em: 18 set. 2015.

PERELMAN, Chaim. Olbrechts-Tyteca, L. *Traite de l'argumentation: la Nouvelle Rhétorique*. 2. ed. Éditions de l'Université de Bruxelles, 1970.

SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 7. Recife: Universitária, 1995. p. 251-273.

Artigo recebido em 21/9/2015.

Artigo aprovado em 12/10/2015.