



Novo CPC, o “Caballo de Tróya” *Iura Novit Curia* e o Papel do Juiz

Dierle Nunes

Doutor em Direito Processual (PUCMinas/Università degli Studi di Roma “La Sapienza”). Mestre em direito processual (PUCMinas). Professor permanente do PPGD da PUCMINAS. Professor adjunto na PUCMINAS e na UFMG. Secretário-Geral Adjunto do IBDP. Membro fundador do ABDPC. Membro da comissão de juristas do Novo CPC na Câmara dos Deputados. Advogado.

Lúcio Delfino

Pós-doutor em Direito (UNISINOS). Doutor em Direito Processual Civil (PUC-SP). Membro fundador da Associação Brasileira de Direito Processual. Membro do Instituto Pan-Americano de Direito Processual. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Diretor da *Revista Brasileira de Direito Processual* (RBDPro). Professor universitário. Advogado.

Sumário: 1 O que é isto – o *solipsismo* judicial? 2 A máxima *iura novit curia* e o atentado ao devido processo legal. 3 O contraditório substancial e o repensar do processo civil. 4. O *iura novit curia* em tempos de Novo CPC.

1 O que é isto – o *solipsismo judicial*?¹

A linguagem técnica do Direito em geral, e a do Direito Processual em particular, ganha a cada dia mais volume e é incrementada sobremodo pelo sopro que amiúde a filosofia ali faz chegar. É que há fenômenos cuja descrição não se apresenta apropriada via palavras empoeiradas,

alguns que sequer eram, e sequer são ainda hoje, bem explicitados pelo linguajar corrente, forjado por uma dogmática cega e entorpecedora. Então aparece a filosofia e acode os descalçados, impinge questionamentos, derruba dogmas e enriquece vocabulários permitindo uma investida linguística mais honesta, precisa e abarcante de muito do que se observa na realidade forense.

O termo *solipsismo* é um desses importado do domínio filosófico e encerra, em sua acepção antiga, a ideia de *egoísmo*, tendo sido empregado por filósofos do calibre de Baimegarten, Kant, Schopenhauer e Wittgenstein. É ilustrativo, a respeito disso, o pensamento de Descartes, seu dualismo corpo-mente, que isola o *eu* em relação a tudo mais, ao mundo exterior e ao próprio corpo, um solipsismo consequência direta do *argumento do cogito* e que para ele revelaria a existência do pensamento puro evidenciado pelo próprio ato de pensar.²

Na literatura jurídica a expressão, malgrado seus contornos peculiares, não perde em essência aquilo que se trabalha em filosofia: fala-se em *solipsismo judicial* para expressar um espaço de subjetividade

blindado ao exercício pleno do contraditório, donde decisões judiciais nascem do labor solitário do juiz, ao arripio do contraditório. O *juiz solipsista* é o arquétipo do decisor que não se abre ao debate processual, aquele que se basta, encapsulado. Atua isoladamente, comprometido com a sua própria consciência, sem perceber as benesses que o espaço processual pode viabilizar em termos de legitimidade e eficiência.³

O *solipsismo judicial* é prática corrente e que apesar de absolutamente antidemocrática é aceita de forma irrefletida em muitas das etapas processuais.⁴ E não é nada difícil elencar exemplos corriqueiros dessas decisões surpresa (=solipsistas):

- ✚ aplicação *ex officio* de enunciados de súmula e ementas, como motivação decisória, descontextualizados de seus fundamentos determinantes, tornando necessária a interposição de recursos em decorrência do equívoco;
- ✚ a condenação à multa por litigância de má fé (ou alguém já presenciou juiz instaurar incidente para possibilitar aos litigantes debaterem sobre a questão?);
- ✚ a condenação em honorários sucumbenciais, ausente debate sobre os critérios previstos em lei para o seu arbitramento;
- ✚ a aplicação abrupta da *disregard doctrine*, sobretudo na Justiça do Trabalho, em que a ausência patrimonial da pessoa jurídica devedora é condição única e suficiente para que o Estado-juiz sintasse autorizado a redirecionar seus canhões ao patrimônio pessoal dos sócios;
- ✚ a aplicação *ex officio* da prescrição equivocadamente em face de ocorrência de causa suspensiva ou interruptiva,

obrigando a interposição de recurso, que seria desnecessário; entre outros. Na maioria desses casos constata-se, ao menos em primeiro grau de jurisdição, um desdém ao contraditório, como influência e não surpresa.

2 A máxima *iura novit curia* e o atentado ao devido processo legal

Por detrás de todas essas ocorrências elencadas no item anterior funciona um raciocínio robótico, consolidado pela tradição, de origem medieval⁵ e que de lá para cá experimentou notável transformação de conteúdo: a máxima *iura novit curia*, no processo significando a presunção de que o direito é conhecido pelo juiz, além de ressaltar o poder a ele reservado para investigar e aplicar oficiosamente esse direito na solução do caso.

É curioso constatar que a praxe forense confere ao aforismo vigor deontológico negligenciando que a CF/88 estabelece a obrigatoriedade do *devido processo legal* (art. 5º, LIV), do *contraditório* e da *ampla defesa* (art. 5º, LV). Nada disso importa porque é o magistrado que possui *livre convencimento*, cuja fundamentação, apesar de exigida, não o prende aos argumentos das partes: é sua função, *a distância de todos*, conhecer o direito e enquadrá-lo aos fatos apresentados, a ponto de vez ou outra extrapolar o objeto do debate processual e impor uma escolha preconcebida descolada do procedimento em contraditório.

O que se vê de tal posicionamento concerne não apenas ao direito objetivo, a referir que o julgador conhece o ordenamento jurídico como um todo (direito objetivo), algo por si impraticável e

indefensável no Estado Constitucional. Ainda mais grave: o adágio ambiciona hipotecar que ele, o juiz, tem condições plenas de, avocando *postura de monge*, enquadrar juridicamente os fatos e daí chegar à decisão que colocará termo ao conflito. É segundo essa linha de entendimento que o STJ já decidiu que a atividade jurisdicional está adstrita aos limites do pedido e da causa de pedir, *porém o magistrado aplica o direito à espécie sem qualquer vinculação aos fundamentos jurídicos deduzidos na petição inicial*.⁶

Esse panorama comprova a aquiescência pela jurisprudência de um entendimento responsável por aguda lesão ao contraditório, a permitir que lides sejam resolvidas segundo fundamento jurídico diverso daqueles debatidos ao longo do procedimento, à revelia das partes e impenetrável à fiscalização técnica dos advogados, prática que além disso ulcerou a regra da congruência, cuja extensão deveria vincular a decisão final não só ao pedido mas também à própria causa de pedir (*fática e jurídica*). A lesão ao *contraditório* é evidente, em especial ao direito das partes de que seus

Bastaria submeter o adágio à uma filtragem constitucional para se constatar o quanto é obsoleto! Mas como filtragens constitucionais e coisas do gênero dão muito trabalho, a solução teve que vir legislativamente.

argumentos sejam levados em consideração (*Recht auf Berücksichtigung von Äußerungen*), que atribui ao magistrado não apenas o dever de tomar conhecimento das razões

apresentadas (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerá-las séria e detidamente (*Erwägungspflicht*). Tal figura equivocada e avessa ao publicismo, induz o julgador a escolhas decisórias privadas sem influências “externas” provenientes do debate, do qual participam os litigantes e de seus advogados.

Os problemas aí são variados:

✚ o adágio congelou no tempo, trasmudou-se em espécie de dogma e desprezou a filosofia que desde há muito interroga se é possível alguém conhecer algo, como se dá o conhecimento e quais evidências possuímos de que nossas percepções são reais. Contudo, a jurisprudência impermeabilizou os juízes da influência dos questionamentos filosóficos e optou por uma postura pragmática e ilusória: fez deles autoridades indiferentes a toda essa investida filosófica, capazes *sozinhos* de conhecer o direito, imunizados da *síndrome Matrix*;

✚ na alta-modernidade o fenômeno jurídico é repensado através de uma terceira via radicalizadora do problema interpretativo que compõe a experiência jurídica. A partir daí surge uma dimensão de revisão dos postulados jusnaturalistas e juspositivistas ⁷ (Ronald Dworkin, Friedrich Muller, Cattoni de Oliveira, Lenio Streck). Ora, raciocinar sobre o *iura novit curia* segundo perspectivas teóricas de tal jaez conduz à conclusão inexorável de que, no mínimo, paira certo arcaísmo em nossa jurisprudência;

✚ é realidade a convergência entre os sistemas *Common Law* e *Civil Law*. A jurisprudência no Brasil é inquestionavelmente uma peculiar fonte de direito. E com a aprovação do novo CPC se fará indispensável a elaboração de uma *teoria dos precedentes* amoldada à nossa realidade. Muitas serão as questões a se considerar, mormente a aplicação do contraditório substancial na formação, distinção e revogação do precedente. O *iura novit curia*, em seu colorido despótico, não se enquadra nesse cenário;

✚ é pura afetação demarcar quem *efetivamente* conhece o direito, se juiz ou advogados. Qualquer profissional pode se

especializar e ficar vigilante às novidades da sua área de exercício profissional, mantendo-se atualizado às interpretações elaboradas pela doutrina e aos pormenores da jurisprudência. Assim, o adágio está em descompasso com a realidade constitucional porque sugere algo adverso daquilo que tanto se prega atualmente: a democracia processual sob o signo da participação,⁸ cuja mecânica impõe a colaboração conjunta de *ouriços* e *raposas*, na medida dos limites impostos a cada qual deles, na construção do provimento jurisdicional;

✚ é preciso ainda questionar se o aforismo acomoda-se a uma *justiça de assessores* como a hodierna. Nos corredores de alguns fóruns corre à boca miúda, talvez a título de anedota, notícias sobre processos que nunca foram examinados por um magistrado sequer, pois julgados, em todos os graus de jurisdição, tão somente por assessores... E daí a pergunta que não quer calar: também os assessores conhecem o direito?

3 O contraditório substancial e o repensar do processo civil

Surge então, como benfazejo alento, o Novo CPC e propõe a regra de que o órgão jurisdicional, *em qualquer grau de jurisdição*, não está autorizado a decidir com base em *fundamento* a respeito do qual não se tenha oportunizado a manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício (art. 10). O dispositivo é arrebatador, concretiza o *contraditório substancial* e o faz de modo a não deixar dúvidas: as partes (e seus advogados) devem participar das discussões sobre fatos e *direitos* - afinal, a palavra *fundamento* é expressão genérica e por isso abrange fundamentos fáticos e *jurídicos*.

Bastaria submeter o adágio à uma filtragem constitucional para se constatar o quanto é obsoleto! Mas como filtragens constitucionais e coisas do gênero dão muito trabalho, a solução teve que vir legislativamente.

Isto significa que juízes e tribunais não estão autorizados a julgar com base em fundamento jurídico (e também fático) sobre o qual as partes não tenham controvertido, incluídas até as questões de ordem pública. Assim já deveria ser, aliás.⁹

E veio em boa hora, bem formulada e desejosa de oxigenar com ares democráticos a atividade jurisdicional: sobreleva o devido processo legal, valoriza as partes (e seus advogados) e também lhes inflige a devida responsabilidade, proscreeve a ideia de liberdade decisória, traz segurança ao estabelecer esteios mais precisos à atuação dos juízes, além de assolar o autoritarismo característico das tão malvistas decisões-surpresa.

E o que é assaz interessante: uma leitura atenta do dispositivo pode conduzir indiretamente à revisão sobretudo de teorias que almejam elucidar a causa de pedir. O senso comum dogmático insiste em apostar suas fichas em teses antigas elaboradas para distinguir fato e direito, como se *atos puros* sem o devido enquadramento jurídico tivessem alguma serventia para quem pensa a ciência jurídica. É hora de darmos crédito a Castanheira Neves, cujos ensinamentos mostram que *fato puro* e *puro direito* nunca se encontram na vida jurídica: enquanto o fato não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não

tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o fato. Quando o jurista pensa o fato o faz sempre como matéria do direito e quando reflete sobre o direito está a pensar como forma destinada ao fato.¹⁰

4. O *iura novit curia* em tempos de Novo CPC

O CPC 1973, no capítulo destinado ao julgamento conforme o estado do processo, traz uma seção regulando a *audiência preliminar*, na qual, em seu art. 331, § 2.º, reza que, se por qualquer motivo não for obtida a conciliação, cumpre ao juiz fixar os *pontos controvertidos* e decidir as questões processuais pendentes, além de determinar provas a serem produzidas, designando, se necessário, audiência de instrução e julgamento. Não há ali, como se percebe, regramento que conduza o juiz a *delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito*, como se verifica agora, no NCPC (art. 354, IV). Essa novidade deve ser interpretada em atenção ao já mencionado art. 10, que concretiza a garantia do contraditório em sua feição substancial, afastando assim a possibilidade de o órgão judicial decidir com base em fundamento (fático ou jurídico) a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria arguível de ofício.

Mais especificamente: hoje, pela leitura desses dois dispositivos (arts. 10 e 354, IV), resta clara a vedação de julgamentos assentados em *fundamentos jurídicos* que não foram debatidos previamente pelas partes, numa prática solipsista cujo resultado são as

De ferramenta adaptada para viabilizar o arbítrio estatal, o aforismo *iura novit curia* ganha força de garantia do debate processual e decorrente melhoria qualitativa das decisões, um relampejo de esperança num mundo em que a técnica converte o homem em estatística, num ser sem rosto e tudo o que importa são metas e produção.

chamadas “decisões surpresa”. Ao obrigar o julgador, no momento de proferir a decisão de saneamento e de organização do processo, a *delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito*, o NCPC contribui para a construção participativa do provimento final, além de servir de escudo contra o autoritarismo judiciário.

Não significa isso, entretanto, que o *iura novit curia* deva ser esquecido no sótão onde jazem as coisas amarelecidas e cujo tempo tratou de tornar supérfluas. Há que encará-lo com lentes ajustadas à normatividade constitucional e afastar do seu âmago a arrogância estatal monopolizadora do saber jurídico.

Não é crível, enfim, conservá-lo em seus contornos atuais, como um “caballho de Troya”¹¹ serviente a toda sorte de excessos potenciais e voluntarismos por parte daqueles que exercem o poder jurisdicional. Nada justifica mantê-lo como álibi para que o juiz, ou qualquer um solitariamente, transite com liberdade na interpretação e qualificação jurídica dos fatos que embasam a demanda.

De toda sorte, se interpretado sistematicamente – em atenção a tudo aquilo que com ele esteja conectado: devido processo legal, regra da congruência, regras de estabilização da demanda, como singelos exemplos –, o aforismo ganha importância por colocar em relevo: i) a impossibilidade de o julgador aduzir ignorância normativa a fim de eximir-se do seu mister jurisdicional; e ii) o fato de que o Judiciário deve pautar seus julgamentos *sempre* no ordenamento válido, sobretudo em atenção aos direitos e garantias constitucionais.

Em síntese: ainda que sejam outros os tempos, não sendo o juiz mais considerado algoz da sociedade, o só motivo de concentrar em si parcela significativa do poder estatal é suficiente para que, numa democracia, mantenha-se viva a preocupação em evitar consequências deletérias oriundas da atuação de alguns desses agentes estatais que, como o *mago da fábula*, arrogam para si o poder sobre-humano de fazer no mundo do direito as mais monstruosas metamorfoses e de dar às sombras as aparências eternas da verdade.¹² O *juiz de hoje deve ser visto como um garantidor de direitos fundamentais, nada mais nada menos.*

¹ Com este subtítulo prestamos nossa homenagem ao Professor Lenio Streck, jusfilósofo cujos escritos são de leitura

² MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*. 13ª. ed. RJ: J. Zahar Editor, 2014. p. 291.

³ Sobre o fenômeno e seu impacto para o fomento da técnica recursal: NUNES, Dierle. *Direito constitucional ao recurso*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. XXVI. Cf. NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁴ Não se pode deixar de frisar que muito do que se obteve em ganhos democráticos no Brasil deve-se à doutrina desenvolvida por Lenio Streck, em sua verdadeira cruzada contra o *solipsismo judicial* e seus males.

⁵ SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. *Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Barcelona: M. Pons, 2007. p. 22-23.

⁶ STJ, AgRg no REsp 281.594/SC. No mesmo sentido: STJ, REsp 819.568/SP.

⁷ ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique G.; OLIVEIRA, Rafael T. de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2ª. ed. SP: RT, 2014. p. 232.

⁸ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. cit.

⁹ Já demonstramos, nas obras indicadas acima, a incoerência do modo como o aforismo é aplicado no atual regime constitucional.

¹⁰ NEVES, Antonio Castanheira. *Questão de-fato, questão de direito. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967. p. 586.

¹¹ A expressão de Roberto Gargarella, tomada de empréstimo pelo processualista paraguaio Robert Marcial González em palestra proferida no 11º. Congresso Nacional de Direito Processual Garantista, realizado nos dias 21 e 22 de outubro de 2010, no Colégio de Advogados da cidade de Azul, Argentina.

¹² CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. São Paulo: Pilares, 2013. p. 22.

Publicado em: NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Novo CPC, o “caballo de Tróya” iura novit curia e o papel do juiz. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 205-210, jul./set. 2014.

ABDPro