

ORGANIZADORES
PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON
JULIANA CORDEIRO DE FARIA
EDGARD AUDOMAR MARX NETO
ESTER CAMILA GOMES NORATO REZENDE

PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

*Homenagem aos 80 anos do professor
HUMBERTO THEODORO JÚNIOR*



3	A JUSTIÇA CIVIL NO BRASIL ENTRE A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O CÓDIGO REFORMADO – <i>Daniel Mitidiero</i>	50
4	DO DEVER JUDICIAL DE ANÁLISE DE TODOS OS ARGUMENTOS (TESSES) SUSCITADOS NO PROCESSO, A APRECIÇÃO DA PROVA E A ACCOUNTABILITY – <i>Dierle Nunes e Lúcio Delfino</i>	64
	1. Introdução.....	65
	2. O que é isto – o <i>solipsismo judicial</i> ?.....	66
	3. A máxima <i>iura novit curia</i> e o atentado ao devido processo constitucional.....	67
	4. O contraditório substancial e o repensar do direito processual civil.....	70
	5. O <i>iura novit curia</i> em tempos de Novo CPC.....	71
	6. Do dever judicial de análise de todas as teses suscitadas pelos litigantes.....	72
	7. A questão da apreciação das provas, sistemas e <i>accountability</i>	78
	7.1. Do princípio da relevância ou pertinência probatória (da proibição da antecipação do resultado da prova).....	80
	8. Considerações finais.....	81
5	A BOA-FÉ NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – <i>Eduardo Tomasevicius Filho</i>	84
	Introdução.....	84
	1. O conteúdo do princípio da boa-fé.....	87
	2. O princípio da boa-fé em ambos os Códigos de Processo Civil.....	89
	3. O que mudou no Novo Código de Processo Civil?.....	92
	3.1. Exigência de novos comportamentos.....	92
	3.2. Dever de coerência.....	94
	3.3. Dever de informação.....	96
	3.4. Dever de cooperação.....	98
	Considerações finais.....	100
6	A EFETIVIDADE DO CONTRADITÓRIO E A ATUAÇÃO JUDICIAL: O NOVO ART. 10 DO CPC/2015 – <i>Érico Andrade</i>	102
	1. Introdução.....	102
	2. O contraditório e os temas levantados de ofício pelo juiz na França e na Itália.....	107
	3. O novo art. 10 do CPC/2015: âmbito de aplicação e as consequências da sua violação.....	124
	4. Conclusão.....	140

4

DO DEVER JUDICIAL DE ANÁLISE DE TODOS OS ARGUMENTOS (TESSES) SUSCITADOS NO PROCESSO, A APRECIÇÃO DA PROVA E A ACCOUNTABILITY

DIERLE NUNES
LÚCIO DELFINO

Sumário: 1. Introdução. 2. O que é isto – o *solipsismo judicial*?. 3. A máxima *iura novit curia* e o atentado ao devido processo constitucional. 4. O contraditório substancial e o repensar do direito processual civil. 5. O *iura novit curia* em tempos de Novo CPC. 6. Do dever judicial de análise de todas as teses suscitadas pelos litigantes. 7. A questão da apreciação das provas, sistemas e *accountability*. 7.1. Do princípio da relevância ou pertinência probatória (da proibição da antecipação do resultado da prova). 8. Considerações finais.

Foi com grande felicidade que vimos homenagear o Prof. Emérito da Universidade Federal de Minas Gerais e nosso amigo: Prof. Humberto Theodoro Júnior.

A escolha do tema deveu-se ao fato do mesmo gravitar em torno da leitura correta do contraditório, tema do primeiro ensaio¹ coescrito com um dos autores.

Só nos resta parabenizar a iniciativa e agradecer ao Professor pelo exemplo de jurista e ser humano que nos serve de guia em nossa trajetória.

¹ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito Brasileiro. *REPRO*, v. 168, fev. 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/kL3oos>>.

1. INTRODUÇÃO

Pretende-se, nas linhas que se seguem, demonstrar a íntima conexão entre contraditório e dever de fundamentação das decisões judiciais, de modo que este último induza uma verdadeira *accountability* no trabalho judicial, especialmente nesta sede no que tange à análise do conjunto das provas: convencimento fundamentado.

Nada mais justifica o apego a uma praxe forense ultrapassada, desconectada do *processo constitucionalizado*, cuja matriz assentava-se em paradigma filosófico no qual a ênfase situava-se no *sujeito assujeitador*, em desprezo à intersubjetividade que está na base do processo democrático devidamente compreendido de maneira a assegurar com participação e adoção de uma visão policêntrica que não privilegie nenhum sujeito processual.

A atitude reacionária é perniciosa, não somente porque desajustada à ordem constitucional vigente, mas sobretudo em razão do problema que envolve a própria legitimação da atividade jurisdicional e do seu resultado. Encarado o contraditório meramente em suas feições formais nada se tem, senão arremedo de participação. *E, por consequência, simulacro de jurisdição e de aplicação da tutela jurisdicional.* Contraditório é direito de influência e não surpresa. É garantia constitucional atribuída às partes, que assegura a participação delas na construção do pronunciamento jurisdicional do qual serão alvo e destinatárias.²

Ainda mais: não há contraditório forte em desrespeito ao dever de fundamentação das decisões judiciais. Ambas as garantias constitucionais seguem juntas e em profundo nexos normativo, *são irmãs siamesas*, devendo ser pensadas conjuntamente, pois cada qual dá sentido e pujança a outra.

Grande impacto é gerado por esta visão normativa constitucional na análise do conjunto probatório eis que torna obsoleta a ideia corrente de que o juiz seria o único e principal destinatário das provas. Como será demonstrado, ao se adotar o “modelo de controle de terceiros” são apresentadas novas perspectivas de fiscalidade no papel decisório (*accountability*).

Desde já se pode pontuar que os destinatários da prova passam a ser *todos* os sujeitos do processo, em especial pela verificação de que o magistrado será obrigado a convencer qualquer leitor do pronunciamento que promoveu a melhor apreciação das provas (resposta correta). Isto afasta a noção tradicional de liberdade avaliativa probatória e só mantém do sistema de prova livre a ausência de predeterminação legislativa do valor de cada um dos meios de prova.

Em assim sendo, um modelo constitucional processual induz a proscrição de perspectivas solipsistas e protagônicas da magistratura que podem promover avaliações voluntaristas ou enviesadas das provas carreadas aos autos.

² NUNES, Dierle. O princípio do contraditório. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, maio-jun. 2004, p. 73-85. Disponível em: <<https://goo.gl/81rKDb>>. NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito Brasileiro. *REPRO*, v. 168, fev. 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/kL3oos>>.

2. O QUE É ISTO - O SOLIPSISMO JUDICIAL?

A linguagem técnica do Direito em geral, e a do Direito Processual em particular, ganha a cada dia mais volume e é incrementada sobretudo pelo sopro que amide 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 daquilo 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, por exemplo, 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 implicar direta implicaria o *argumento do cogitio* e que para ele revelaria a existência do pensamento puro evidenciado pelo próprio ato de pensar.³

Na literatura jurídica a expressão, malgrado seus contornos peculiares, não perde em essência aquilo que se trabalha em filosofia: fala-se em *solipsismo judicial*⁴ para expressar um espaço de subjetividade blindado ao exercício de *accountability*, ou seja, alheio ao sistema de controle do poder decisório imposto pelo devido processo constitucional, neste plano, pela participação decorrente do contraditório dinâmico. A decisão judicial solipsista nasceria a partir do labor *solitário* do julgador.

O *juiz solipsista* é o arquétipo do decisor que não se abre ao debate processual, aquele que se basta, encapsulado. Atua de maneira isolada, compromissado unicamente com a sua própria consciência, sem perceber as benesses que o espaço processual pode viabilizar em termos de legitimidade, aperfeiçoamento e eficiência.⁵

No que tange à análise das provas, tal postura interpretativa induz uma crença de que a prova tem no juiz o único e principal destinatário havendo uma liberdade de escolha do meio de prova a ser considerado no momento decisório.

Ocorre que, apesar da ausência de critérios apriorísticos do valor de cada um dos meios de prova, o pronunciamento deve espelhar a melhor e mais completa análise das provas sem qualquer margem de voluntarismo.

³ MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*. 13. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar Editor, 2014, p. 291.

⁴ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 183 e ss.

⁵ 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.

O *solipsismo judicial* é assim prática corrente e que, apesar de absolutamente antide-mocrática, é aceita de forma irrefletida em muitas das etapas do procedimento jurisdicional.⁶ E não é nada difícil elencar exemplos de decisões-surpresa (= *solipsistas*) oriundas desse hábito operativo:

- i) aplicação *ex officio* de enunciados de súmulas e ementas como motivação decisória, descontextualizados de seus fundamentos determinantes, o que alavanca a interposição de recursos para corrigir os equívocos;
- ii) condenação à multa por litigância de má-fé (afinal, não é nada comum a instauração do contraditório previamente a imposição da sanção)?;
- iii) condenação em honorários sucumbenciais, ausente qualquer debate sobre os critérios previstos em lei para o seu arbitramento;
- iv) aplicação abrupta da *disregard doctrine*, sobretudo na Justiça do Trabalho, em que a ausência patrimonial da pessoa jurídica devedora é, em muitos litígios, condição suficiente para que o Estado-juiz se sinta autorizado a redirecionar seus canhões ao patrimônio pessoal dos sócios;
- v) e no objeto precípua do presente texto, crença de que o juiz seria o único destinatário das provas e poderia possuir plena liberdade de analisar as provas, mesmo fora de critérios racionais.

É fácil perceber que, na maioria das situações ilustradas acima, o que se tem, para parcela dos decisores, é um manifesto desdém ao contraditório *como influência e não surpresa*.

3. A MÁXIMA IURA NOVIT CURIA E O ATENTADO AO DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Todas as ocorrências apontadas no item anterior se encontram embasadas numa metodologia não refletida, consolidada pela tradição, de origem medieval⁷ e que, de lá para cá, experimentou notável transformação de conteúdo: a máxima *iura novit curia*, vale dizer, o mito de que processualmente 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 parte da praxe forense confere ao aforismo vigor deontológico, negligenciando que a Constituição impõe a obrigatoriedade do *devido processo constitucional* (art. 5º, LIV), do *contraditório* e da *ampla defesa* (art. 5º, LV). Nada disso importa porque seria o magistrado a possuir *livre convencimento*, cuja fundamentação, apesar de exigida, não o vincularia 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, extravasar o objeto do debate processual e impor uma escolha preconcebida e descolada do procedimento em contraditório.

⁶ 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.

⁷ SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. *Iura novit curia*. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Barcelona: M. Pons, 2007. p. 22-23.

O que se vê desse aforismo, ao qual alguns impensadamente atribuem o status de princípio, concerne não apenas ao direito objetivo, a referir que o julgador conhece o ordenamento jurídico como um todo, algo por si impraticável e indefensável no Estado Constitucional. Ainda mais grave, pois transparece a ideia de que o juiz sozinho, *avocando postura de monge*, estaria capacitado para enquadrar juridicamente os fatos e, a partir daí, chegar à decisão que colocará termo ao conflito.

Felizmente, este panorama tende a se modificar eis que já existem decisões no Superior Tribunal de Justiça afastando tal abordagem interpretativa. Em recente julgado da lavra do Min. Herman Benjamin assim se decidiu:

Sempre que o juiz for decidir com base em fundamento não invocado ou debatido pelas partes, deve obrigatoriamente abrir oportunidade para anterior manifestação dos demais sujeitos processuais principais, sem que isso implique restrição aos seus poderes jurisdicionais. Cabe ao magistrado ser sensível às circunstâncias do caso concreto e, prevendo a possibilidade de utilização de fundamento não debatido, permitir a manifestação das partes antes da decisão judicial, sob pena de violação ao art. 10 do CPC/2015 e a todo o plexo estruturante do sistema processual cooperativo.⁸

Esse julgado traz uma importante tendência, ainda tímida, de adoção da interpretação correta do contraditório, que veda que os casos sejam resolvidos 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, ulceraria 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). Decisão diversa ofenderia o direito das partes de que seus argumentos sejam levados em consideração (*Recht auf Berücksichtigung von Äußerungen*) (art. 489, § 1º, IV), 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*).⁹

Na Alemanha, a finalidade do art. 103, n. 1, da Lei Fundamental de Bonn (GG – Constituição) é assegurar o bom andamento de todo o procedimento.¹⁰ Segundo sua leitura as partes não podem ser reificadas durante o trâmite processual e possuem o poder de efetivamente influenciar em todo o procedimento e no resultado.¹¹ O preceito oferta a todas as

⁸ STJ, 2ª T., REsp 1.676.027/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.09.2017.

⁹ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. São Paulo: GEN Forense, 3ª ed., 2016.

¹⁰ BVerfG, 23.10.2007 – 1 BvR 782/07. Disponível em: <<https://goo.gl/GB9cpy>>. BGH, 27.02.2018 – VI ZR 156/17. “a) O artigo 103.º, n.º 1, da Lei Fundamental tem por objetivo assegurar um desenrolar adequado do processo (v. BVerfGE 119, 292, 296)”.

¹¹ BVerfG, 29.05.1991 – 1 BvR 1383/90. Disponível em: <<https://goo.gl/ac6DTF>>. Em decisão de setembro de 2017, o Bundesgerichtshof (BGH) anulou decisão que não cumpriu os requisitos do artigo 103.1 da Constituição Alemã (GG), que obriga o tribunal a levar em consideração

partes o direito de se manifestar sobre todas as questões fáticas e jurídicas,¹² e apresentar alegações¹³ de acordo com o dever do tribunal de tomar nota e considerar as alegações reais e legais das partes.¹⁴

Já a recorrente aplicação equivocada e avessa ao processualismo democrático do princípio como mera garantia formal, induziria o julgador a escolhas decisórias privadas, médio de seus advogados.

Os problemas aí seriam muitos:

- i) o adágio *iura novit curia* 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, parcela dos decisores e da literatura jurídica impermeabilizou os juízes da influência desses questionamentos e optou por uma postura pragmática e ilusória: fez deles autoridades indiferentes a toda essa investida filosófica, capazes *sozinhos* de conhecer e aplicar o direito;
- ii) 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 juspositivistas¹⁵ (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 na manutenção incólume da aplicação do adágio;
- iii) 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 estaria em descompasso com a realidade constitucional porque sugere algo adverso daquilo que tanto

as declarações das pessoas envolvidas no processo, e considerá-las na sua decisão. O Tribunal de Apelação não abrangeu o núcleo da apresentação do requerente e não levou em conta os argumentos feitos pelos especialistas. (Beschluss des VI. Zivilsenats vom 26.9.2017 – VI ZR 529/16). Isso é comum naquele sistema jurídico de modo que o contraditório obriga o decisor a levar em consideração seriamente o argumento das partes; como imposto em nosso sistema jurídico (art. 5º, LIV, CR/1988 e arts. 10 e 489, § 1º, IV, do CPC).

¹² BVerfG, 11.05.1965 – 2 BvR 242/63.

¹³ BVerfG, 13.11.1956 – 1 BvR 513/56. BGH, 27.02.2018 – VI ZR 156/17. “O Artigo 103 (1) da GG dá a todas as partes em um processo judicial o direito de comentar os fatos em questão e a situação legal (ver BVerfGE 19, 32, 36; 49, 325, 328; 55, 1, 6, 60, 175, 210, 64, 135, 143 f.) Bem como aplicações e declarações (ver BVerfGE 6, 19, 20, 15, 303, 307, 36, 85, 87).”

¹⁴ BVerfG, 09.02.1982 – 1 BvR 1379/80. BGH, 27.02.2018 – VI ZR 156/17 sobre o dever de consideração dos argumentos das partes (ver corresponde. BVerfGE 60, 1; 565, 227, 234; 84, 188, 190; 86, 133, 144 ff; BVerfG, de 1 de agosto de 2017 – 2 BvR 3068/14, NJW 2017, 3218).

¹⁵ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique G.; OLIVEIRA, Rafael T. de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 232.

se prega atualmente: a democracia processual sob o signo da comparticipação,¹⁶ cuja mecânica impõe a colaboração conjunta de *todos os sujeitos*, na medida dos limites impostos a cada qual deles, na construção do provimento jurisdicional;

iv) 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, e não a título de anedota, notícias sobre processos que nunca foram examinados por um magistrado sequer, pois julgados, em todas as instâncias, somente por assessores... E daí a pergunta que não quer calar: também os assessores (muitos deles ainda em formação acadêmica) conhecem o direito?

4. O CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL E O REPENSAR DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Trouxe o CPC/2015 a regra segundo a qual 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). Mais: o art. 7º, por sua vez, enfatiza a importância do efetivo contraditório, tanto que impõe ao juiz o dever de zelar por esse direito fundamental. Ambos os dispositivos têm forte simbolismo e sua importância é arrebatadora: fazem referência àquilo que em doutrina cunhou-se de *contraditório dinâmico, substancial ou participativo*, vale dizer, as partes (e seus advogados) têm o direito de participar *indistintamente* das discussões sobre fatos e *direitos*, tanto assim que o legislador fez uso apenas da palavra *fundamento* no aludido art. 10, expressão *genérica* e que, inexoravelmente, abrange fundamentos fáticos e *jurídicos*.

Isso 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 tido oportunidade de controverter, incluídas até as questões de ordem pública. Aliás, assim já deveria ser, se o adágio fosse submetido a uma filtragem constitucional. De toda sorte, a solução veio legislativamente, e em boa hora, bem formulada e desejosa de oxigenar, com ares democráticos, a atividade jurisdicional: sobreleva o devido processo, valoriza as partes (e seus advogados) e também lhes inflige responsabilidades, proscreeva a ideia de liberdade decisória, traz segurança ao estabelecer esteios mais precisos à atuação dos juízes, além de assolar o autoritarismo que distingue as malvistas decisões-surpresas.

E o que é assaz interessante: uma leitura atenta do art. 10 do CPC/2015 pode conduzir indiretamente à revisão de teorias que almejam elucidar a causa de pedir. O senso comum dogmático insiste em apostar fichas em teses antigas, elaboradas para distinguir fato e direito, como se *fatos puros*, sem o devido enquadramento jurídico, tivessem alguma serventia para quem pensa a ciência jurídica. É hora de atribuir crédito a Castanheira Neves, cujos ensinamentos mostraram 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

¹⁶ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, cit.

aplicar o fato. Quando o jurista pensa o fato o faz sempre como matéria de direito; quando reflete sobre o direito está a pensar como forma destinada ao fato.¹⁷

5. O IURA NOVIT CURIA EM TEMPOS DE NOVO CPC

O CPC/1973, no capítulo destinado ao julgamento conforme o estado do processo, trazia uma seção regulando a *audiência preliminar*, na qual, em seu art. 331, § 2º, rezava que, se por qualquer motivo, não fosse obtida a conciliação, cumpriria 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 havia ali, como se percebe, regramento que conduzisse o juiz a *delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito*, como se verifica agora no CPC/2015 (art. 357, 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 357, IV), resta clara a vedação de julgamentos assentados em *fundamentos jurídicos* que não foram debatidos previamente pelas partes, em abrigo a uma prática *solipsista* cujo resultado são as chamadas “decisões surpresa”. Ao constranger o julgador, no momento de proferir decisão de saneamento e de organização do processo, a *delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito*, o CPC/2015 contribui para a construção participativa do pronunciamento final.

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 ultrapassados, como um “caballo de Troya”,¹⁸ serviente a toda sorte de excessos potenciais e voluntarismos por parte de quem exerce o poder jurisdicional. Nada justifica mantê-lo como álibi para que o juiz transite com liberdade na interpretação e qualificação jurídica dos fatos que embasam a demanda.

Se interpretado sistematicamente – em atenção a tudo aquilo que com ele esteja conectado – por exemplo, devido processo constitucional, regra da congruência, regras de estabilização da demanda –, 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.

¹⁷ NEVES, Antonio Castanheira. *Questão de-fato, questão de direito*. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967. p. 586.

¹⁸ 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.

Em síntese: de ferramenta adaptada para viabilizar o arbítrio estatal, o 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.

6. DO DEVER JUDICIAL DE ANÁLISE DE TODAS AS TESES SUSCITADAS PELOS LITIGANTES

Percebida a lógica democrática com a qual trabalhou o legislador, a conclusão que daí se pode extrair é que há, como já verificado por setores mais atentos da doutrina,¹⁹ uma conexão umbilical entre contraditório e fundamentação das decisões judiciais. Afinal, se o contraditório tem por papel assegurar a participação efetiva de todos os litigantes na construção das decisões jurisdicionais, a fundamentação, por sua vez, surge como uma espécie de *atestado público* de que o debate travado ao longo do procedimento, a envolver questões *jurídicas e de fato*, foi mesmo considerado reflexivamente pelo julgador. Em síntese, a fundamentação garante *accountability* com possibilidade de se aferir o respeito (ou não) do contraditório.

Em outros termos: pouco adianta atribuir perfil forte ao princípio do contraditório sem calibrar as coordenadas do dever de fundamentação, pois só é possível saber se as partes não foram surpreendidas, se tiveram efetivas chances de influir no resultado decisório, caso o julgador demonstre motivadamente que oportunizou o debate, rebatendo um a um argumentos e provas apresentados, enfrentando-os de forma minudente para esclarecer como e em que medida tiveram ou não aptidão para convencê-lo.²⁰ Enfim, contraditório substancial alheio a decisões blindadas a uma fundamentação dinâmica é como um avião sem asas ou um carro sem rodas, vale dizer, é algo imprestável e sem sentido.

Ainda mais especificamente, é preciso afirmar, de maneira categórica, que o juiz democrático é antisolipsista e garante de direitos fundamentais. E solipista é uma característica tanto de juízes que julgam com alicerce naquilo que acreditam correto, *independentemente do diálogo travado entre os litigantes*, bem como aqueles que decidem sem considerar parcela do debate, colocando de lado o que não lhes interessa, sem esclarecer as razões, fazendo uso da parte debatida cujos argumentos lhe parecem adequados. É solipsista, enfim, tanto o juiz que julga alheamente ao contraditório, como também aquele que utiliza de elementos isolados dos discursos das partes, não se preocupando em gastar energia para justificar por que elementos de prova e de direito foram recusados em seu pronunciamento.

¹⁹ *Por todos*: FIORATTO, Débora Carvalho; CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. *E-civitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH*, Belo Horizonte, vol. IV, n. 1, jul. 2011. Disponível em: <www.unibh.br/revistas/ecivitas>. Já se defendeu tal postura anteriormente: NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito Brasileiro. *RePro*, 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/kL3oos>>.

²⁰ SOUSA, Diego Crevelin de; DELFINO, Lúcio. *As associações de magistrados e o veto do NCPC no tocante ao contraditório e ao dever de fundamentação – O que está em jogo?* Empório do Direito. Publicado em: 11.03.2015. Disponível em: <www.emporiiododireito.com.br>.

Todo este construto decorre da normatividade constitucional (art. 5º, LV) e legal. Recorde-se, num primeiro momento, que o art. 10 do CPC/2015 fez opção pela utilização da palavra fundamento, sem especificar, de maneira que o juiz não está autorizado a decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento fático ou jurídico a respeito do qual não se tenha dado as partes oportunidade de se manifestar. Ou seja, as decisões devem considerar apenas as teses jurídicas que foram debatidas, o que soa óbvio a partir de uma perspectiva sistemática, porquanto não há na Constituição ressalva no sentido de que o contraditório deve ser travado tão somente no que tange as questões de ordem fáticas.

Em segundo lugar, já se examinou o art. 357, IV, do CPC/2015, cujo teor conduz a mesmíssima conclusão. Noutras palavras, não sendo possível, por qualquer motivo, o *juizamento conforme o estado do processo*, cumpre ao juiz, em *decisão de saneamento e de organização*, entre outras tarefas, *delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito*. É regra, como alude José Rogério Cruz e Tucci, que impõe ao julgador o zelo de *esquadrinhar o objeto do processo*, fixando balizas *de fato e de direito*, documentando-as nos autos, para auxiliar, *como verdadeira bússola*, ele próprio, ou eventual novo juiz que venha, meses depois, a substituí-lo no feito. É bem verdade que as questões de direito não ficam circunscritas às suscitadas pelos litigantes, mas isso não significa jamais uma autorização para posturas solipsistas, já que o julgador, vislumbrando a possibilidade de aplicação de tese jurídica diversa daquela objeto do debate, tem o dever de consultar as partes antes de resolver a controvérsia, afastando o perigo de ser proferida decisão baseada em *fundamento-surpresa*, expressamente vedada pelo diploma processual (CPC/2015, art. 10).²¹

Ademais, e de modo não menos importante, há de se verificar que o legislador não poderia ter sido mais claro como foi na elaboração do art. 489, § 1º, dispositivo que esmiúça o dever de fundamentação. Ali, no inciso IV do art. 357 reza o CPC/2015 que não se considerará fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. De novo, o legislador vale de expressão genérica, alude a *argumento*, o que significa certamente argumentos *de fato* e argumentos *de direito*. Trocando em miúdos: é dever do juiz enfrentar todo e qualquer argumento, de fato e de direito, que se mostre capaz de contradizer ou enfraquecer as próprias conclusões que chegou e que conferem conteúdo ao pronunciamento jurisdicional.

Esta dogmática processual traz critérios pormenorizados acerca da fundamentação das decisões. E há esperança na medida em que os tribunais já iniciam a absorção deste impacto normativo-constitucional. Em decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça se decidiu:

Conquanto o julgador não esteja obrigado a rebater, com minúcias, cada um dos argumentos deduzidos pelas partes, o novo Código de Processo Civil, exaltando os princípios da cooperação e do contraditório, lhe impõe o dever, dentre outros, de enfrentar todas as questões capazes de, por si sós e em tese, infirmar a sua

²¹ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*, cit. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. vol. 1, p. 692.

conclusão sobre os pedidos formulados, sob pena de se reputar não fundamentada a decisão proferida (art. 489, § 1º, IV).²² (grifou-se)

No entanto, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, em evento realizado, intitulado “O Poder Judiciário e o Novo CPC”,²³ aprovou uma série de enunciados²⁴ (como o Enunciado 1: “Entende-se por ‘fundamento’ referido no art. 10 do CPC o substrato fático que orienta o pedido e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes”) que desdenha todo o ganho democrático pretendido legislativamente com a implantação, no direito posto, do contraditório substancial, e que já vem fazendo vítimas.²⁵

Algumas considerações pontuais merecem realce:

- i) Tudo isso é deveras simbólico. Magistrados reunidos para “flexibilizar” amarras que lhes foram impostas pelo novo modelo participativo de processo, surgido de forma legítima, *via processo legislativo constitucional*. No que diz respeito ao enunciado aludido, a palavra “flexibilizar” é imprópria, pois o que se constata ali é a tentativa patente de limitar, *por intermédio de uma estratégia institucional extralegal*, as possibilidades democráticas de um comando normativo correspondente a um dos alicerces do CPC/2015. E por que isso? A razão, como já sublinhado, é macular o trabalho legislativo que, na visão daqueles que apoiaram o enunciado, impõe à magistratura amarras excessivamente rígidas. A impressão que fica é: para os brasileiros a lei é nada mais que mera *sugestão*. Gastam-se fortunas em dinheiro público com o funcionamento do Congresso Nacional e o resultado

²² STJ, 3ª Turma, REsp 1.622.386/MT (2016/0224914-1), Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.10.2016.

²³ Mencionado evento envolveu parcela da nata da magistratura brasileira: dele participaram 500 magistrados das esferas federal e estadual. Em específico, no que tange ao grupo responsável pela propositura de enunciados sobre o contraditório, o substrato que conduziu seu trabalho situou-se na “preocupação de flexibilizar amarras tidas como muito rígidas impostas aos magistrados em várias situações pelo novo modelo de processo participativo” (assista aqui: <<https://www.youtube.com/watch?v=Ux7HaumMamc>>).

²⁴ O Enunciado 6 define não constituir julgamento surpresa o que se lastreia em fundamentos jurídicos, ainda que distintos daqueles apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório. Aqui a proposta enunciativa, fazendo coro com o Enunciado 1, traz a lume a concretização do *iura novit curia*, embora expressada em terminologia mais refinada. É a vetusta ideia de que às partes cumprem delinear o quadro fático sobre o qual a decisão deve incidir, porém o enquadramento jurídico é intrínseco à judicatura, tarefa que caberia unicamente aos juízes, porquanto são eles, e ninguém mais, os que “conhecem o Direito”.

²⁵ Veja-se o emblemático exemplo produzido no seio do Superior Tribunal de Justiça: “O ‘fundamento’ ao qual se refere o art. 10 do CPC-2015 é o fundamento jurídico – circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão ou a defesa, ou que possa ter influência no julgamento, mesmo que superveniente ao ajuizamento da ação – não se confundindo com o fundamento legal (dispositivo de lei regente da matéria). A aplicação do princípio da não surpresa não impõe, portanto, ao julgador que informe previamente às partes quais os dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame da causa. O conhecimento geral da lei é presunção *jure et de jure*” (EDcl no REsp 1.280.825/RJ, de relatoria da Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 01.08.2017).

são textos ficticiamente vinculantes. Na seara da prática jurídica se pode tudo e mais um pouco. *O intérprete não permite que o texto antes lhe diga algo para, só depois, atribuir-lhe sentidos.*²⁶ Dispositivos de leis são mudos e camaleônicos, pouco importando seus limites semânticos; prevalece mesmo é aquilo desejado pelo intérprete assujeitador. *O direito positivo tornou-se espécie de brinquedo gelatinoso, resiliente e maleável, que a tudo tolera, podendo ser comprimido, esticado, partido e aumentado.* De novo, e sempre, o problema do ativismo judicial, agora revestido sob a forma de enunciados elaborados por magistrados, e que poderão ser empregados amiúde (e acriticamente) no cotidiano forense. *O texto legal diz, mas a magistratura desdiz.* E assim seguimos, caminhando para trás.

- ii) A finalidade desse Enunciado, e de outros que lhe aperfeiçoam (desaperfeiçoando o direito posto), foi ceifar sentidos cujo respeito aproximaria *direito processual civil e democracia*. Nada menos que um retrocesso ao projeto constitucional democrático encampado pela rebeldia daqueles a quem foi atribuído o papel de “guardiões da ordem jurídica constitucional”. E se exatamente aqueles a quem o CPC/2015 impõe o dever de zelar pelo *efetivo* contraditório (CPC/2015, art. 7º, *parte final*) assim se pronunciam oficialmente, menos preocupados com a Constituição do que com a suposta eficiência quantitativa de sua atividade, é fácil divisar o cenário que nos espera: permaneceremos, a predominar esta *pitoresca* interpretação, reféns de um contraditório que existe “para inglês ver”, mera formalidade que passa ao largo de qualquer compromisso com a tomada participativa das decisões.
- iii) O próprio evento promovido pela ENFAM, circunscrito à participação de magistrados, já é emblemático e, por si só, até dispensaria a elaboração do Enunciado 1. É que, se o contraditório não implica influência das partes na construção das decisões judiciais, nada mais adequado que a magistratura se unir e definir, sozinha, os sinais de orientação com os quais deverão trabalhar juízes de todo o Brasil ao lidar com o CPC/2015. Os juízes decidem (em desprezo ao processo legislativo constitucional) o que deve ou não ser aplicado, e como deve sê-lo, formando seus muitos “enunciados interpretativos”, sobrando aos cidadãos-utentes da jurisdição curvarem-se comodamente àquilo por eles deliberado.
- iv) Se a expressão “fundamento” refere-se apenas ao substrato fático que “orienta o pedido”, o que fazer então com a parte final do art. 10, que exige manifestação das partes inclusive sobre matérias apreciáveis de ofício? Desde quando prescrições, decadências, ausência de pressupostos processuais dizem respeito a “suportes fáticos que orientam o pedido”? Quer dizer que as matérias de “ordem pública” continuam impermeabilizadas ao contraditório, a despeito do que instituem o art. 10 do CPC/2015 e a própria Constituição? Poder-se-ia imaginar que o tal enunciado não está formulado com exatidão. Isso não deixa de ser verdade! Mas também não se pode ignorar o desejo patente de implodir o edifício legislativo, minando a doutrina que ergueu o contraditório à condição de *garantia de influência e não surpresa*.²⁷ Basta verificar que há, entre os enunciados aprovados, outros que seguem linha semelhante de entendimento.

²⁶ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁷ NUNES, Dierle. Princípio do contraditório. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, maio-jun. 2004. CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio como diritto

v) O Enunciado 3, por exemplo, estabelece a desnecessidade de ouvir as partes quando a manifestação delas não puder influenciar na solução da causa. Então ao direito fundamental é todo aquele conquistado pelo cidadão para protegê-lo contra eventuais desvios e desmandos praticados pelos agentes que exercem o poder estatal em todas as suas esferas, inclusive o Judiciário –, e sim espécie de favor concedido aos litigantes segundo o talante do juiz. É ele, o julgador, quem define quando se deve ou não instaurar o contraditório. Cabe a ele, exclusivamente, a decisão sobre premiar ou não as partes com a possibilidade de debate. Se sua consciência lhe sugerir, em dada situação, que o contraditório é dispensável, ele então solenemente o despreza. Afinal, já estará convencido de antemão, e o que importa é o seu pensamento. Novamente o *livre convencimento* e seus efeitos deletérios. E a Constituição Federal sendo vilipendiada como mísera *folha de papel*. Parece que se desconhece até mesmo a existência de vieses cognitivos (*cognitive biases*): deturpações de julgamento que qualquer decisor está submetido por inúmeros fatores (como a incerteza ínsita ao julgamento e a exiguidade de tempo) que o diálogo em contraditório viabiliza mitigar (*debiasing*).²⁸ Entre esses vieses, por exemplo, o “de confirmação” (*confirmation bias*) estabelece uma tendência para testar uma hipótese, procurando por casos que confirmem sua pré-compreensão solitária²⁹ ao contrário de procurar a resposta correta do caso,³⁰ resultando de um procedimento cognitivo (heurística) baseado em expectativas e na tendência natural dos seres humanos para ver o que eles esperam ver.³¹ Partindo-se do pressuposto destes enunciados criados por parcela da magistratura brasileira, o diálogo processual proporcionado pelo contraditório substancial (art. 10) seria desnecessário, pois o juiz inatamente estaria isento dessas contaminações cognitivas que pesquisas no mundo inteiro atestam existir.³²

d'influenza e dovere dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LX, n. 2, apr.-giug. 2005. NUNES, Dierle. *Direito constitucional ao recurso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência e não surpresa. *REPRO*, v. 168, fev. 2009. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

²⁸ Para uma introdução sobre o tema: FONSECA COSTA, Eduardo José. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. *RBDPro 90*, Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 153-173.

²⁹ RISINGER, D. Michael; SAKS, Michael J. The Daubert/Kumho Implications of Observer Effects in Forensic Science: Hidden Problems of Expectation and Suggestion. *90 Calif. Law Review*, 1, p. 9, 2002.

³⁰ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio; BAHIA, Alexandre. Precedentes no Novo CPC: é possível uma resposta correta? *Revista Justificando*, 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta-/>>.

³¹ RISINGER, D. Michael; SAKS, Michael J. *The Daubert/Kumho Implications of Observer Effects in Forensic Science: Hidden Problems of Expectation and Suggestion*, cit.

³² LARRICK, Richard P. *Debiasing*. *Blackwell Handbook of Judgment And Decision Making*. Derek J. Koehler & Nigel Harvey eds., 2004.

Felizmente, apesar dessas tentativas *contra legem* de se esvaziar o conteúdo das normas em comento, em recentíssima decisão o mesmo STJ pontuou, em conformidade com a proposta de um dos autores (desde 2003),³³ a necessidade de se abandonar qualquer forma de protagonismo (inclusive o judicial) e se valorizar a leitura constitucional do contraditório:

O processo judicial moderno não se faz com protagonismos e protagonistas, mas com equilíbrio na atuação das partes e do juiz de forma a que o feito seja conduzido cooperativamente pelos sujeitos processuais principais. A cooperação processual, cujo dever de consulta às partes é uma das suas manifestações, é traço característico do CPC/2015. Encontra-se refletida no multicitado art. 10, bem como em diversos outros dispositivos espalhados pelo Código. [...] A negativa de efetividade ao art. 10 c/c art. 933 do CPC/2015 implica *error in procedendo* e nulidade do julgado, devendo a intimação antecedente ser procedida nas instâncias de origem para permitir não só a participação dos titulares do direito discutido em juízo na formação do convencimento do julgador, como também, e principalmente, para assegurar a necessária correlação ou congruência entre o âmbito do diálogo desenvolvido pelos sujeitos processuais e o conteúdo da decisão prolatada. Dierle Nunes vislumbra ainda outras vantagens na ampliação do debate em um ambiente cooperativo: “obtenção de decisões bem fundamentadas, em todos os graus de jurisdição, pelo obrigatório respeito ao devido processo constitucional (*due process of law*)” (NUNES, Dierle. Art. 10. In: STRECK, Lenio Luiz; _____; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52). Assevera o autor que a melhoria do debate induziria a uma menor recorribilidade, diminuição das taxas de reforma decisória e até a diminuição no tempo final do processo, pois a ampliação da discussão ensejaria uma aplicação mais efetiva do direito e permitiria extrair dos julgados padrões decisórios a serem utilizados em casos futuros, com coerência, integridade e estabilidade (Op. cit., p. 53). Adverte NUNES que, faticamente, o ambiente processual é permeado por comportamentos não cooperativos de todos os sujeitos processuais, uma vez que os mesmos não percebem os ganhos que tal debate (quando bem realizado) produz. O CPC/2015, por sua vez, preocupado em normativamente melhorar o debate processual, contrafaticamente adotou “a concepção de contraditório dinâmico, substancial ou participativo”, introduzindo mecanismos preparatórios da cognição que induzissem à “melhoria qualitativa das sentenças, com possível redução das taxas de reforma no segundo grau”, e, nos tribunais, “a otimização dos trabalhos dentro da lógica que se deve julgar menos vezes e melhor” (Idem).³⁴

³³ NUNES, Dierle. *O recurso como possibilidade jurídico-discursiva do contraditório e ampla defesa*. Dissertação – PUCMINAS, 2003, publicado como: NUNES, Dierle. *Direito constitucional ao recurso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

³⁴ STJ, 2ª T., REsp 1.676.027/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.09.2017.

Decisões como esta acima transcrita demonstram a importância de uma interlocução verdadeira entre o discurso dos tribunais e da literatura jurídica que contribuem tanto na aplicação correta do direito em nosso país.

7. A QUESTÃO DA APRECIÇÃO DAS PROVAS, SISTEMAS E ACCOUNTABILITY

Como se sabe, se verificam várias formas de apreciação (valoração) das provas dentro de um processo: (i) que, em sistemas de juízes expectadores passivos, adotava, prevalentemente, o sistema de prova legal (tarifário) que fixava uma predeterminação normativa da eficácia das provas (qual é o seu valor probatório) ou obriga(va) que determinados fatos sejam demonstrados de determinada forma (exemplo: demonstração de titularidade de direito real imobiliário – art. 108, CCB), (ii) e, em sistemas com juízes diretores e ativos adota o sistema de prova livre, que para a doutrina tradicional se dividiria em convicção íntima e em livre convencimento fundamentado ou persuasão racional, o primeiro no qual o julgador decide e não precisa explicar os motivos, e (iii) o último (livre convencimento motivado, livre apreciação das provas), que permitiria ao juiz analisar livremente o conjunto de provas, mas impor a este a necessidade de fornecer uma fundamentação pela utilização e análise de determinada prova ao decidir. Poder-se-ia sintetizar neste quadro:

Sistemas tradicionais de apreciação de provas	Prova legal ou tarifário	A norma processual fixa os critérios com os quais o juiz deve analisar as provas, atribuindo valor a estas, ou fixa que determinado fato deva ser provado mediante determinado meio.
	Prova livre: convicção íntima	O juiz analisa livremente o conjunto de provas sem necessitar motivar sua decisão.
	Prova livre: livre convencimento motivado	O juiz analisa livremente o conjunto de provas, mas fundamentando racionalmente a escolha e a interpretação das provas analisadas.

No entanto, como igualmente se sabe, o CPC/2015, em seu art. 371, retirou do texto normativo a expressão “livre” de seu enunciado com o fim de se proscrever a noção de que o destinatário precípua da atividade probatória seria o magistrado e de modo a impedir que o mesmo apreciase as provas com absoluta liberdade, bastando a indicação de motivos racionais ou não para ofertar base ao seu pronunciamento.

Este comportamento decisório permitiria decisões na qual o juiz escolheria qual prova a se valer como base tendo como único mecanismo fiscal (accountability) a de não poder se valer de provas ilícitas.

Evidentemente que este tipo de comportamento, que permitiria enviesamentos decisórios, não pode mais ser tolerado no atual contexto normativo pátrio.

Não se pode ainda esquecer de que mesmo que os tribunais exercessem alguma modalidade de representação argumentativa, o que se nega veementemente, há de se recordar que esta jamais poderia prescindir de uma *accountability* (prestação de contas – transparência) do exercício de seu poder decisório. Como advertem Lavallo e Castello para outro contexto:

A *accountability* supõe a obrigação de prestar contas, implica a possibilidade de sanção e compõe um subconjunto do repertório de práticas de controle institucional e social. No caso do controle social, sempre que se fala em nome de alguém, ou o sujeito da fala comparece como membro de uma entidade ou grupo nas inovações institucionais participativas e nos espaços de negociação, a lógica da autoapresentação como explicitação de interesses e opiniões individuais, própria da participação, é substituída pela lógica da representação. *Sendo assim, cabe perguntar pela qualidade ou representatividade dessa representação*, pelos mecanismos que a tornam legítima não apenas em relação ao poder público, mas também em relação aos representados ou beneficiários em nome dos quais se atua e se negocia. [...] Por um lado, satisfazem as expectativas mais elevadas do ideário da democracia participativa, cujos expoentes acusam frequentemente as insuficiências e distorções que nesses espaços minam a “participação” e obstaculizam tentativas autênticas de “partilhar o poder” – segundo a influente formulação de Dagnino (2002). Mas, por outro lado, impõem exigências a respeito da representatividade, responsividade e sanção dos que falam em nome dos demais, suscitando a velha questão do controle dos controladores.³⁵

Ademais, não podemos nos olvidar que processualistas alemães há muito costumam promover a discussão da “apreciação” em pelo menos duas vertentes:

1. livre apreciação como “modelo da convicção da verdade”,³⁶ que para um fato ser considerado provado dependeria da firme convicção pessoal do juiz: “na medida em que se “eu, como ser humano, posso comprová-lo, ocorreu assim”;
2. apreciação como “modelo de controle de terceiros”,³⁷ que se caracteriza pela possibilidade de que outra pessoa possa reconstruir mentalmente a constatação do fato. Tal pessoa pode ser um juiz, terceiros razoáveis ou qualquer pessoa. Para esta vertente seria insuficiente a “certeza” do juiz da causa.

Ambas as perspectivas estão embasadas no modelo solipsista (solitário) de “livre apreciação do juiz”.

No entanto, a segunda perspectiva, *devidamente reinterpretada por uma teoria processual democrática*, viabilizaria um horizonte do controle da “liberdade”, recorrentemente

³⁵ LAVALLO, Adrian Gurza; CASTELLO, Graziela. Sociedade, representação e a dupla face da *Accountability*: cidade do México e São Paulo. *Cad. CRH* [on-line], vol. 21, n. 52, 2008, p. 68.

³⁶ KÜPER, Wilfried. *Die Richteridee de Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*. Berlin: Walter de Gruyter, 1967. p. 294.

³⁷ STREE, Walter. *In dubio pro reo*. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 1962. p. 40.

aludida, a partir do debate processual, o que significaria uma releitura dinâmica da análise das provas a partir do contraditório, da publicidade e da fundamentação das decisões, que importaria às decisões dos magistrados a apreciação de todos os argumentos problematizados no que tange às provas (e os argumentos fáticos e jurídicos) pontuados ao longo do processo (especialmente na necessária fixação na fase preparatória - art. 357 - e no início da audiência do *thema probandum* - questões controvertidas).

Assegurar-se-ia um controle processual das decisões por terceiros mediante o processo constitucional. Apreciação não do juiz, mas por estes e os afetados de todos os argumentos probatórios do debate processual (interdependente) dos sujeitos processuais.³⁸

Desse modo, a decisão não seria mais, como critica Taruffo, "o produto de um conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou controle intersubjetivo".³⁹

Perceba-se que, com a proscrição do termo "livre" do texto do art. 371, do CPC, não se alude mais de liberdade interpretativa do conjunto probatório pelo juiz, restando somente a ausência de tarifação (predeterminação do valor de cada meio de prova), mas impondo ao magistrado a análise de todas as provas relevantes (que possuem correlação com o *thema probandum*) e de modo que os fundamentos viabilizem o controle racional por terceiros.

Não teria, por exemplo, possibilidade de o juiz escolher a utilização da prova testemunhal e documental numa demanda com pedido de declaração de paternidade, desprezando a prova científica (pericial)⁴⁰ de DNA, por simples critério solipsista de discricionariedade.

O atual sistema de *convencimento fundamentado induz a adoção de fundamentos racionais que permitam o claro controle por terceiros. Percebe-se, assim, que o destinatário das provas passa a ser o processo que, por óbvio, inclui o magistrado e todos os afetados.*

Perceba-se que não se admite mais a aceitação de motivação, mas de decisões fundamentadas sem que se despreze nenhuma prova relevante trazida aos autos.

7.1. Do princípio da relevância ou pertinência probatória (da proibição da antecipação do resultado da prova)

Do mesmo modo, o princípio da relevância mereceria uma reinterpretção.

A relevância ou pertinência é normalmente percebida, de acordo com a clássica lição de Calamandrei,⁴¹ como um juízo de direito, à prudente apreciação do juiz, chamado a dar uma valoração antecipada e hipotética das consequências jurídicas que se seguiriam dos

³⁸ Cf. A análise da interdependência, contraditório e participação dos sujeitos processuais. In: NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, cit.

³⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 623.

⁴⁰ DENTI, Vittorio. *Scientificità della prova*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 3, p. 420, 1972.

⁴¹ "[...] la prudente apreciación, del juez, llamado a dar una valoración anticipada e hipotética de las consecuencias jurídicas que se seguirían de los hechos deducidos en prueba, si fuesen probados"

fatos deduzidos mediante as provas, de modo a permitir que este juiz, mediante sua ciência ou conhecimento privado, predetermine os possíveis resultados da prova, inviabilizando, muitas vezes, a atuação do contraditório como garantia de influência.

Isto significaria, em outros termos, que o juiz poderia analisar se uma prova seria proveitosa ou não mesmo antes que ela fosse produzida.

Ocorre que o processo não pode ser entregue aos juízos solitários do juiz, que poderia aplicar suas pré-compreensões, não problematizáveis, como faz crer uma respeitável linha doutrinária que acredita ser ele um canal dos valores da sociedade e guardião de “um” bem comum.

A aplicação desse direito constitucional à prova não pode ser analisada de modo residual,⁴² podendo somente encontrar limites que não o desnature e o transforme em uma garantia formalística e descabida de significância.

Assim, a leitura da relevância tende a se deslocar da fase de introdução da prova para a fase de apreciação devido a aplicação do princípio da proibição da antecipação do resultado de prova (*Verbot der Beweiszitation*), salvo as hipóteses em que a prova requerida seja tida como absolutamente irrelevante face ao *thema probandum* (tema de prova formado pelos aspectos controvertidos percebidos das alegações do autor e do réu) fixado na fase preliminar preparatória do processo.⁴³

Nesses termos, o juiz só poderia indeferir provas em juízo prévio de relevância se o requerimento probatório das partes pugnar pela produção de provas que nenhuma correlação possuam com os pontos controvertidos dos autos, ou caso o fato já tenha sido admitido (art. 374, II, CPC), ou sobejamente demonstrado, mediante outro meio de prova.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contraditório substancial (comparticipativo) e *iura novit curia*, em acepção tradicional, são incompatíveis, cada qual situado em paradigmas filosóficos destoantes, o primeiro comprometido com a intersubjetividade, enquanto o segundo afeto à filosofia da consciência. Quis-se, de todo modo, implementar no Brasil saldos doutrinários conquistados nas últimas décadas. A palavra de ordem é racionalizar a prática judiciária, torná-la participativa, com resultados coerentes e íntegros, eliminando-se dela persistentes resquícios metafísicos.

É inegável que um passo decisivo, e *seriíssimo*, foi dado, depois de quase cinco anos de tramitação do Novo CPC no Congresso Nacional, sendo que os seus arts. 10 e 489, § 1º,

(CALAMANDREI, Piero. Verdad y verosimilitud en el proceso civil. In: CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: EJE, 1962. v. 3, p. 329).

⁴² TARUFFO, Michelle. *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., p. 76.

⁴³ TROCKER, Nicolás. *Proceso civile e costituzione*. Problemi de diritto tedesco e italiano, cit., p. 521-530 *passim*; CAMPOS, Ronaldo Benedito Cunha. *Garantias constitucionais no processo civil no Brasil e na Itália*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1985. p. 54 (Dissertação de Mestrado); TARUFFO, Michele. Le prove. *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, Milano, n. 4, p. 1.481, 1995; DENTI, Vittorio. Scientificità della prova. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 3, p. 420, 1972.

que positivam o contraditório substancial, representam dispositivos muito festejados. A sua leitura não poderia ser mais fácil e translúcida, a indicar que as partes (por intermédio dos seus advogados) têm o direito de debater sobre fatos e *direitos*, influenciando de forma ativa na construção dos pronunciamentos jurisdicionais. Ali, naqueles dispositivos, o legislador fez uso conscientemente da expressão “fundamentos”, cuja generalidade aloja, de uma só vez, fundamentos fáticos e *jurídicos*.

Não há como ser diferente, ao menos na perspectiva de um contraditório que se propõe funcionar para além da mera bilateralidade formalista de audiência. Caprichos e aversões são preconceituosas, num sentido negativo, pois ajustados a já aludida perspectiva filosófica da filosofia da consciência, presos a um tempo em que o juiz era quem sozinho construía os provimentos jurisdicionais. É preciso ter em mente que, no espaço jurídico, não se tem, em suas formas puras, fato e direito, porque o fato só ganha existência a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, ao passo que este não guarda qualquer interesse concreto senão no instante em que se trata de aplicar o fato. Participação efetiva, com respeito ao contraditório em suas feições dinâmicas, só há quando a decisão judicial derive das teses debatidas pelos litigantes no palco processual, às quais correspondem a um amálgama entre fatos e direitos.

Mas no Brasil nada é simples. Por mais que a doutrina de cabeceira procure demonstrar que o *direito-não-pode-ser-meramente-aquilo-que-os-tribunais-dizem-que-ele-é*,⁴⁴ com respeito a interlocução genuína entre todos os interpretes do ordenamento, setores há que se mostram resistentes e se apegam a uma postura inflexível sem respaldo constitucional. São reacionários já que se opõem ao nem tão novo assim *paradigma da intersubjetividade*, inaugurado a partir da Constituição brasileira é de 1988.⁴⁵ É difícil apontar as justificativas da “queda de braço”, mas não se pode desprezar razões consequencialistas (com supostos fins de facilitação do trabalho judicial), ignorância acerca das implicações envolvidas na mudança, apego à comodidade e mesmo motivos afetos ao prestígio pessoal e à manutenção de poder. Para estes o contraditório mantém sua importância apenas e tão somente no que tange aos aspectos fáticos trazidos pelas partes lembrando a frase de Tomasi di Lampedusa, em sua obra prima “Il Gattopardo”: “Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi”.

O passado nos assombra, mas os ventos da mudança legítima já começam a gerar ressonância em importantes decisões proferidas no STJ, como se apontou.

Como se viu é pela via da fundamentação que os litigantes têm plenas condições de verificar se a participação deles, *a envolver matérias fáticas e jurídicas*, foi considerada na elaboração do pronunciamento jurisdicional.

Ademais, estes importantes aspectos normativos induziram a mudança de nosso sistema de apreciação das provas e do juízo de relevância. O convencimento fundamentado

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *O que fazer quando juízes dizem que o novo CPC não deve ser obedecido?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/senso-incomum-quando-juizes-dizem-ncpc-nao-obedecido>>.

⁴⁵ Sobre o ponto, sugere-se a leitura de: LILLA, Mark. *La mente naufragada*. Reacción política y nostalgia moderna. Trad. Daniel Gascón. Editorial Debate, 2017.

induz a adoção tão somente de fundamentos probatórios racionais que permitam o claro controle por terceiros. Sob esta premissa, o destinatário das provas passa a ser o processo e seus afetados e o magistrado fica vedado de antecipar o resultado da prova, antes de sua produção com a exceção das hipóteses das mesmas serem absolutamente irrelevantes.

O processo democrático vem gerando paulatina irritabilidade na praxe arcaica de nosso país. Resta a todos os intérpretes continuarem na tarefa cotidiana de luta pela aplicação constitucional correta do direito no âmbito processual, eis que os frutos começam a surgir...