

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Alfredo Vieira Alves Costa

**PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO E DECIDIBILIDADE DEMOCRÁTICA:
pela superação do *iura novit curia***

Belo Horizonte
2024

Alfredo Vieira Alves Costa

**PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO E DECIDIBILIDADE DEMOCRÁTICA:
pela superação do *iura novit curia***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Democracia, Constituição e Internacionalização.

Linha de Pesquisa: O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça

Belo Horizonte

2024

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C837p	Costa, Alfredo Vieira Alves Processo constitucionalizado e decidibilidade democrática: pela superação do <i>iura novit curia</i> / Alfredo Vieira Alves Costa. Belo Horizonte, 2024. 121 f. Orientador: Vitor Salino de Moura Eça Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito 1. Direito processual - Brasil. 2. Direito constitucional - Brasil. 3. Processo civil - Brasil. 4. Decisão judicial. 5. Contraditório (Direito). 6. Jurisdição constitucional. I. Eça, Vitor Salino de Moura. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título. SIB PUC MINAS CDU: 347.9
-------	--

Ficha catalográfica elaborada por Daniela Luzia da Silva Gomes - CRB 6/2505

Alfredo Vieira Alves Costa

**PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO E DECIDIBILIDADE DEMOCRÁTICA:
pela superação do *iura novit curia***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Democracia, Constituição e Internacionalização.

Linha de Pesquisa: O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito

Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça (Orientador)

Prof. Dr. Vicente de Paula Maciel Jr. – PUC Minas (Banca Examinadora)

Profª. Drª. Fernanda Gomes e Souza Borges - UFLA (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Bruno Freire e Silva - UERJ (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 05 de abril de 2024

À Flávia que tanto meu deu forças para cursar o mestrado.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a minha esposa Flávia, pelo apoio incondicional, mesmo nos momentos mais complicados e difíceis, e também por toda compreensão quando estava me dedicando ao mestrado.

Agradeço aos meus pais Deusdete e Aparecida, minha irmã Luiza, meu cunhado Deivid e, claro, minha querida sobrinha Melissa, pelos momentos de felicidade e apoio. É muito bom saber que posso sempre contar com vocês para o que der e vier.

Manifesto meu agradecimento ao Prof. Dr. Vitor Salino, pessoa muito humana, distinto jurista e excelente orientador, que desde o primeiro contato, além de auxiliar com a pesquisa, também apresentou importantes lições para a vida profissional.

Igualmente, manifesto meus agradecimentos aos meus amigos do *office*, meu sócio Cassius e o aspira Mateus, que se desdobraram durante minhas ausências.

Aos amigos que conheci na linha de pesquisa, Arthur, Bruno, Claudio, Carolina, Igor, Rafael e Rodrigo, o agradecimento pelas trocas de conhecimento. Valeu, 'galera'.

Aos Professores do PPGD PUC Minas, Dierle, Marciano, Rosemiro, Vicente, Vinicius e Vitor, minha gratidão pela contribuição na minha formação acadêmica. Também agradeço a todos que compõem o PPGD da PUC Minas.

Por fim, e não menos importante, o agradecimento a todas as demais pessoas que, embora aqui não nomeadas, também me apoiaram a encarar o mestrado.

RESUMO

A técnica de aplicação do direito preconizada pelo *iura novit curia* divide papéis entre os sujeitos processuais. Por ela, atribui-se às partes uma função preponderantemente fática e ao juiz uma função de aplicar o direito, cujo domínio seria exclusivo seu. O adágio, cuja origem possui ares bruxuleantes, veio atravessando as quadras do tempo e aportou na contemporaneidade processual civil brasileira trazendo consigo essa raiz solipsista de aplicar o direito. Entretanto, com a constitucionalização do processo, máximas de outrora precisam passar pelo filtro do processo democratizado a fim de se aferir se ainda podem se manter híginas ou devem abrir caminho para novas posturas em sintonia com a nova ordem jurídica vigente (expansividade do processo constitucionalizado). O *iura novit curia* que, no direito moderno, encontrou na clássica noção de jurisdição uma sustentação, e no raciocínio silogístico do decididor uma forma de operacionalização (*da mihi factum dabo tibi ius* e *iura novit curia* são faces de uma mesma moeda), passou para a fase contemporânea do direito mantendo viva a tradição que o direito será encontrado e aplicado pelo decididor. Contudo, isso parece estar desatualizado. A jurisdição no processo constitucionalizado é entendida como judicação e pressupõe, nesta nova significação, que o juiz diz o direito em conjunto com os demais sujeitos processuais. Para dizer o direito em conjunto, o contraditório em sua hodierna acepção de influência deve ser observado, de modo que os fundamentos relevantes (*ratio decidendi*), inéditos, devem passar pelo debate prévio entre as partes. A relação entre as partes e o juiz orientada pela comparticipação, que exige de todos comportamentos técnicos no âmbito do processo jurisdicional, pode conceder meios para que se estabeleça no elo de ligação entre os sujeitos comportamentos adequados, voltados a se alcançar melhores decisões e assim rumar em direção à uma decidibilidade democrática, guardando na prateleira da história processual o hoje embotado adágio, incompatível com a democratização processual.

Palavras-chave: processo constitucionalizado – decidibilidade democrática – contraditório – comparticipação – *iura novit curia*

ABSTRACT

The technique of applying the law recommended by the *iura novit curia* divides roles between the procedural subjects. The parties are assigned a predominantly factual role and the judge is assigned the role of applying the law, whose domain would be exclusive to him. The adage, whose origin has a flickering air, came through the ages and arrived in contemporary Brazilian civil procedure, bringing with it that solipsistic root of applying the law. However, due to constitutionalization of the process, maxims from the past need to go through the filter of the democratized process and assess whether they can still remain intact or should pave the way for new positions in tune with the new legal order (expansiveness of the constitutionalized process). The *iura novit curia* which, in modern law, found support in the classical notion of jurisdiction, and in the syllogistic reasoning of the decider a form of operationalization (*da mihi factum dabo tibi ius* and *iura novit curia* are sides of the same coin), passed to the contemporary phase of law keeping alive a tradition that the law will be found and applied by the decider. However, it appears to be outdated. Jurisdiction in the constitutionalized process is understood as '*judicação*' and presupposes, in this new meaning, that the judge states the law together with the other procedural subjects. To say the law together with the procedural parties, the contradictory principle in its modern meaning of influence must be observed, so that the relevant fundament (*ratio decidendi*), not discussed, must undergo to the prior debate between the parties. The relation between the parties and the judge guided by comparticipation, which requires technical behavior from everyone within the scope of the judicial process, can provide means for establishing in the link between the subjects appropriate behaviors, aimed better decisions and thus move towards democratic decision-making, keeping on the shelf of procedural history the now outworn adage, incompatible with procedural democratization.

Keywords: constitutionalized process – democratic decidability – contradictory – comparticipation – *iura novit curia*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO	12
2.1 Da importância dos paradigmas no direito e da sistematização das teorias do Processo a partir deles.....	12
2.1.1 Liberalismo processual	13
2.1.2 Socialização processual	14
2.1.2.1 A socialização processual no Brasil	18
2.1.3 Da democratização do processo	19
2.2 O processo constitucionalizado e sua contribuição para a construção do Estado Democrático de Direito	21
2.2.1 Breve apontamento acerca da teoria de Fazzalari sobre o processo.....	21
2.2.2 Do processo constitucionalizado	24
2.3 Princípios do processo constitucionalizado	28
2.3.1 Os princípios jurídicos.....	29
2.3.2 A base principiológica institutiva do processo constitucionalizado.....	31
2.3.2.1 Contraditório	31
2.3.2.2 Fundamentação da decisão judicial	37
2.3.2.2.1 Motivação x fundamentação.....	37
2.3.2.3 Terceiro imparcial	39
2.3.2.4 Isonomia.....	41
2.3.2.5 Ampla Defesa.....	42
2.4 Da ação e jurisdição no processo constitucionalizado	44
2.4.1 Ação como direito público, subjetivo, autônomo e abstrato	44
2.4.2 Jurisdição no processo constitucionalizado.....	48
2.4.2.1 Judicção	51
2.4.2.1.1 Acerca do solipsismo judicial.....	52
2.5 Reflexos do processo constitucional na técnica processual.....	54
2.6 Síntese do capítulo	57
3 DA COMPARTICIPAÇÃO: O PAPEL DO PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO NA EFETIVAÇÃO DA INOVAÇÃO LEGISLATIVA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA	59
3.1 Cooperação: participação como designativo técnico	59
3.2 Da participação e a opção pela linha da escola mineira de processo ..	60
3.2.1 Da influência do pensamento de Habermas para a participação e policentrismo.....	62
3.2.2 Da participação e policentrismo	66
3.3 Síntese do capítulo	69
4 O <i>IURA NOVIT CURIA</i> NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	71
4.1 O <i>iura novit curia</i> na história do direito processual.....	71
4.1.1 Panorama das origens conhecidas do <i>iura novit curia</i>	71

4.1.1.1 Da possível gênese romana do <i>iura novit curia</i>	72
4.1.1.1.1 Do período das <i>legis actiones</i>	73
4.1.1.1.2 Do período <i>per formula</i>	74
4.1.1.1.3 Período da <i>cognitio extra ordinem</i> e o embrião do <i>iura novit curia</i>	75
4.1.2 <i>iura novit curia</i> na idade média	77
4.1.3 <i>iura novit curia</i> no direito moderno	79
4.1.4 <i>iura novit curia</i> no direito da contemporaneidade	82
4.1.4.1 <i>iura novit curia</i> no processo civil brasileiro contemporâneo	84
4.2 Síntese do capítulo	88
5. A SUPERAÇÃO DO <i>IURA NOVIT CURIA</i> NO PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO	90
5.1 A jurisdição não mais regula o proceder e o julgar	90
5.2 <i>iura novit curia</i> e princípio dispositivo: limitação de campo na atuação da máxima.....	92
5.2.1 Dos temperamentos necessários em torno do princípio dispositivo.....	94
5.3 Contraditório e <i>iura novit curia</i>	98
5.3.1 Dos contornos da previsibilidade e influência: o art. 10 do CPC	100
5.3.1.1 Fundamento	101
5.4 Da decidibilidade democrática.....	104
5.5 Síntese do capítulo	106
6. CONCLUSÃO	108
7. REFERÊNCIAS	112

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objeto de análise, no âmbito do processo civil, o *iura novit curia*, brocardo jurídico conhecido por difundir a seguinte ideia: o juiz/tribunal conhece o direito. Contudo, o uso desse adágio (máxima, brocardo), longe de estabelecer uma pressuposição de conhecimento jurídico do juiz, acaba engendrando uma técnica solipsista de aplicação do direito.

A passagem para o Estado Democrático de Direito (ainda em construção) trouxe reflexos para o direito processual, o qual vem sendo teorizado fora de uma concepção do processo como instrumento de que se vale a jurisdição para alcançar escopos metajurídicos de bem-estar e pacificação social.

A tônica do novo paradigma é de autor-destinatário e, assim, no campo do processo jurisdicional de nada adianta institucionalizar, como ocorrido no Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 1º, que o processo civil se orientará conforme os princípios e valores da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, se as partes ainda continuarem sendo surpreendidas com decisões que se sustentam em fundamentos jurídicos não debatidos por elas, somente pelo fato do juiz conhecer o direito.

Aparenta haver uma incompatibilidade do *iura novit curia* com a própria ideia da constitucionalização do processo que é de trazer os afetados pela decisão para sua própria construção. Não se consegue legitimar uma decisão sustentada pelo *iura novit curia*, pois imbricado ao brocardo está uma divisão de papéis dos sujeitos processuais. Às partes cabe uma tarefa primordialmente de reconstrução fática. E ao juiz a busca de fundamento jurídico por estar o direito em domínio seu, implicando uma desinfluência das partes quanto ao ato imperativo do Estado, o provimento – além de imprevisibilidade.

Parece que estaria o *iura novit curia* – de ampla aplicação no hodierno direito processual civil brasileiro – impondo força contra a democratização processual. Portanto, mais do que nunca, é necessário estudar o adágio e avaliar se há algum ganho na manutenção daquela tradição. Ou se não deveria ser teorizada uma decidibilidade democrática consentânea ao processo constitucionalizado.

Na busca de responder tais perguntas, a presente dissertação se aterá às previsões legais, julgados pontuais obtidos mediante consulta textual do objeto da dissertação (*iura novit curia*) e a bibliografia jurídica consistente em livros, teses,

dissertações e artigos em periódicos de direito, revelando a adoção de uma pesquisa bibliográfica.

Serão abordados aspectos de teoria processual, de modo que o capítulo inicial focará na apresentação do processo constitucionalizado, seus princípios e os reflexos do novo horizonte processual para demais institutos processuais codependentes, tais como, a ação e, especialmente, a jurisdição.

No segundo capítulo, será tratada a cooperação processual, que deveria ser nominada com um termo mais apropriado para difundir, de forma realista, o elo de ligação entre os sujeitos processuais. Além da importância da cooperação para tratamento do *iura novit curia* que acaba dividindo papéis entre os sujeitos processuais.

No terceiro capítulo, o *iura novit curia*, adágio antigo e de origem incerta, receberá holofotes sobre sua passagem pela história do direito processual e consequente recepção no direito processual civil brasileiro contemporâneo com a indicação de julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça que utilizam o adágio para julgar – inclusive gerando tensão com o art. 10 do CPC que retrata o contraditório na acepção de influência.

No quarto e derradeiro capítulo, o adágio será submetido ao crivo do processo constitucionalizado, onde se espera concluir que o brocardo é ultrapassado e deveria dar lugar à uma decidibilidade democrática.

Por fim, a vinculação da dissertação à linha da pesquisa do ‘Processo na Construção do Estado Democrático de Direito’, do programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, é identificada pelo entendimento do processo como centro da ordem jurídica e por meio do qual os destinatários dos provimentos podem se inserir na efetiva construção conjunta e influente, afastando qualquer ideia de solipsismo.

2 PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO

É da nossa contemporaneidade brasileira o entendimento do direito processual a partir da Constituição (art. 1º, CPC/15). Isso é fruto de longos estudos e avanços científicos que foram percebendo a importância do processo não só para o fim usualmente difundido de resolver conflitos, mas indo além, atuando num plano de legitimação. É que o processo pode implementar direitos fundamentais das pessoas afetadas pela decisão a ser prolatada no bojo de um processo com significado diferente, mais democrático.

O processo constitucionalizado, é certo, não se constituiu inteiramente novo. Conforme será exposto a seguir, passos anteriores, ou melhor, teorizações sobre o processo existiram e tiveram cada qual sua importância para construir a teoria do processo constitucionalizado – ou modelo constitucional de processo, ou processo constitucional.

Então, sem mais delongas introdutórias, passemos a tratar sobre o processo, tendo como ponto inicial de nosso recorte, a era moderna.

2.1 Da importância dos paradigmas no direito e da sistematização das teorias do Processo a partir deles

Sem embargo para enfoques diferentes a respeito das teorias do processo, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron apresentam uma proposta de estudo a partir dos grandes paradigmas jurídicos estatais. Nessa nova forma de estudo, as teorias do processo não são apresentadas numa linha histórica, mas sim a partir de uma sequência de paradigmas (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 84).

A proposta dos referidos autores nos parece adequada, tendo em vista que, consoante explica C. Ulisses Moulines, paradigma na filosofia de Thomas Kuhn seria o compartilhamento de uma mesma visão de mundo por uma comunidade científica, possibilitando avanço científico através de um aperfeiçoamento com ajustes finos, isto é, não modifica os pressupostos básicos do paradigma (Moulines, 2015, p. 77-78).

Porém, chega um momento, conforme explicita Thomas Kuhn, que o período de normalidade (ciência normal) não serve mais. Surge a revolução científica. O acúmulo de anomalias (quer dizer, os fenômenos que não podem ser explicados pelo paradigma vigente) propulsiona os cientistas a questionarem o paradigma, fazendo

com que este último entre crise, que pode rebentar em uma revolução científica (Moulines, 2015, p. 84-85), introduzindo um novo paradigma.

No âmbito do direito, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias¹ sintetiza que os paradigmas devem ser compreendidos como sistemas jurídicos-normativos, verdadeiros complexos de ideias, princípios e regras coordenadas que revelam as tendências científicas e a estrutura jurídico-constitucional de um Estado (Dias, 2015, p. 67).

Portanto, a proposta de Nunes, Bahia e Pedron, que elenca, a partir da era moderna e no campo do direito processual o: liberalismo processual, socialização processual e processualismo constitucionalizado democrático (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 85), nos parece acertada, pois organiza as teorias processuais a partir das visões de mundo presentes em determinados períodos da história e que acabaram influenciando os rumos do direito processual.

2.1.1 Liberalismo processual

Durante a vigência do paradigma do Estado Liberal², o Estado era mínimo. Em tal paradigma, os "*direitos fundamentais representam a tradicional tutela das liberdades burguesas: liberdade pessoal, política e econômica. Constituem um dique contra a intervenção do Estado*" (Bobbio; Matteuci; Pasquino, 1998, p. 401).

Inserido nesse paradigma de mínima intervenção do Estado, o direito processual partilhava do mesmo horizonte.

Em resumo, o direito processual no paradigma de um Estado Liberal: adotava o princípio da escritura (*quod non est in actis non est in mundo*³); era dominado pelas

¹ Ronaldo Brêtas possui posicionamento de que, embora utilizado o termo paradigma no direito e seu significado acima explicado, para o referido autor é preferível o entendimento de *princípio* do Estado Democrático de Direito, e não paradigma do Estado Democrático de Direito. Para sua posição, ele utiliza dos estudos de constitucionalistas portugueses que abordam a democracia mais do que uma forma de governo ou estado, mas sim um princípio que orienta os modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder. Existe um entrelaçamento do Princípio do Estado de Direito e o princípio do Estado Democrático, de onde resultaria o Estado Democrático de Direito (Dias, 2015, p. 67-70).

² Em seu dicionário de Política, Bobbio, Matteuci e Pasquino explicam que o Estado de Direito pode ser estruturado da seguinte forma: "1) Estrutura formal do sistema jurídico, garantia das liberdades fundamentais com a aplicação da lei geral-abstrata por parte de juízes independentes. 2) Estrutura material do sistema jurídico: liberdade de concorrência no mercado, reconhecida no comércio aos sujeitos da propriedade. 3) Estrutura social do sistema jurídico: a questão social e as políticas reformistas de integração da classe trabalhadora. 4) Estrutura política do sistema jurídico: separação e distribuição do poder (Bobbio; Matteuci; Pasquino, 1998, p. 401).

³ Tradução livre: o que não está nos autos não está no mundo.

partes, chegando ao ponto do processo civil receber a alcunha '*sache der partein*⁴'; a formalidade reinava, e fruto do rigor extremo da forma, também era longo em demasia, chegando a durar décadas; diante da pressuposição de igualdade formal do Estado mínimo acabava legitimando um comportamento de expectador pelo juiz que, imbuído num rígido princípio dispositivo, só agia por provocação (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 87).

No mesmo sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira assevera:

A concepção liberal, ainda não imbuída claramente do caráter público do processo, atribuía às partes não só amplos poderes para o início e fim do processo e o estabelecimento de seu objeto, como também sujeitava à exclusiva vontade destas o seu andamento e desenvolvimento, atribuindo-lhes total responsabilidade no que diz respeito à própria instrução probatória. Os poderes do órgão judicial eram, portanto, significativamente restringidos. Sintomaticamente, um dos mais representativos expoentes do processo civil do século XIX, época de completa aceitação deste modelo, principalmente em razão de ser então concebido como instituição destinada à realização de direitos privados, acentuava produzir o domínio das partes sobre o objeto do litígio o domínio das partes sobre a relação em litígio (*sic*), seu começo, continuação e conteúdo, justificando o princípio dispositivo exclusivamente pela falta de interesse do Estado no objeto da controvérsia (Oliveira, 2017, p. 56).

Sob o pano de fundo de um Estado Liberal, a teorização processual consequentemente perpassou nas formas de se assegurar os interesses da burguesia e estruturar um processo primado pela formalidade e princípio dispositivo, impedindo as ingerências do Estado nas relações jurídicas privadas, o que dava a tônica do chamado liberalismo processual.

Sucedeu que a falta de preocupação com acesso à justiça, ou melhor, a falta de preocupação com a questão social como um todo, acabou propiciando uma mudança paradigmática, explicada a seguir.

2.1.2 Socialização processual

Enquanto no Estado Liberal se partia do pressuposto imaginário de uma igualdade formal entre os indivíduos, a realidade apresentava a divisão da sociedade em castas. A questão social resultante da revolução industrial impugnou a concepção

⁴ Tradução livre: coisa das partes. Naquele período, consoante aduzido por Nunes, Bahia e Pedron (2021, p. 87), outras expressões eram utilizadas, tais como: processo é jogo (Calamandrei). Processo é guerra (Goldschmidt).

orgânica da Sociedade e do Estado que se desenvolveria autonomamente com a simples garantia de intervenção de polícia (quer dizer, assegurar que os direitos individuais de propriedade fossem protegidos). Impôs-se, assim, a necessidade de uma tecnologia social capaz de identificar as causas das divisões sociais e intervir, revelando uma ingerência que se iniciou com maior força na seara da previdência, uma das primeiras formas de *Welfare* (Bobbio; Matteuci; Pasquino, 1998, p. 403).

Para o campo do processo, o modelo processual duelístico das partes sob mediação de um juiz preponderantemente expectador daria lugar a um modelo de processo com um Estado agigantado, interventor nas relações jurídicas privadas. E que por conta disso enfraquece as partes e empodera o magistrado que, a partir de então, assume o protagonismo e tem a função de realizar certas finalidades metajurídicas. Os expoentes dessa nova visão acerca do processo são Anton Menger, Franz Klein e Oscar Von Bülow (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 88).

Menger defendia o juiz defensor dos hipossuficientes⁵ e foi uma das influências de seu aluno, Franz Klein⁶, este último autor do Código de Processo Civil do Império Austro-Húngaro, de 1895 (ÖZPO), codificação que privilegiava a oralidade e reforçava os poderes do juiz para, justamente numa perspectiva socializadora, ser o processo uma inevitável instituição estatal destinada a promover o bem estar-social⁷, e a serviço

⁵ Nunes, Bahia e Pedron detalham que esse juiz defensor dos pobres poderia ter como atribuição, fora do processo, educar as pessoas hipossuficientes, explicando o direito vigente a fim de auxiliá-los na defesa de seus interesses. E, dentro do processo, de ofício, assumir a representação do hipossuficiente (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 89).

⁶ Klein tanto seguia as ideias de seu professor (Menger) que enxergava o juiz como um compensador de desigualdades que se vale do processo como instituto de promoção de bem estar social, tal como como bem explica Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: "*Confessadamente, a preocupação de Klein centrava-se na ideia de criar um processo civil no qual a parte menos hábil, menos culta, menos dotada de recurso (sem possibilidade de pagar um defensor eficiente e capaz) viesse a se encontrar em pé de igualdade material e não apenas formal em relação ao adversário. Daí o fortalecimento dos poderes do órgão judicial, a ponto de se impor a este não apenas a faculdade mas o dever de advertir os litigantes das irregularidades e lacunas de seus pedidos e alegações, no exercício de uma verdadeira função supletiva e auxiliar. O juiz ultrapassa, assim, a posição de mero árbitro fiscalizador da observância das 'regras do jogo', para alcançar status de ativo participante, com vistas a evitar a perda da causa pela escassa habilidade da parte ou de seu representante. Por isso, Klein reputa o processo civil (...) um instituto destinado a promover o bem estar coletivo (...)*" (Oliveira, 2017, p. 58).

⁷ Alois Troller especifica essa ideia de processo para cumprir finalidades sociais: "*Franz Klein, o autor do projeto de 'lei austríaca sobre o processo judicial nos litígios civis' (1895), partiu do pensamento da tarefa social do processo, na medida em que deixou em sua obra amplo espaço para a atividade do juiz e afastou o anterior procedimento ordinário então vigente no rigoroso processo do direito comum. A realização de sua ideia de colaboração do juiz na investigação dos fatos e seu eventual aconselhamento das partes tinha sido preparada no processo sumário (decreto de 1845) e na lei sobre os procedimentos de pequeno valor (1873). Ambas as leis prescreviam ao juiz auxiliar às partes mediante instruções e determinar provas de ofício. Encontramos assim reiterada a preocupação de que os desfavorecidos, que litigam sobretudo por pequenos valores, não devam*

de uma jurisdição ativa e talentosa, que faria a outra metade do serviço deixada pelo legislador que cada vez mais optava por conceitos jurídicos indeterminados nas leis editadas (Nunes; Bahia; Pedron, 2021 p. 90-93).

Corroborando às assertivas de que o processo se destinava a promover o bem-estar social – devendo se soltar das amarras das formalidades – e que cabia ao juiz completar o serviço deixado pelo legislador, valiosa a transcrição de trecho de obra de Alois Troller, que comentava passagens do próprio Klein:

Klein pretendia não mais permitir que o juiz aguardasse passivamente o resultado das aportações fáticas das partes e que apreciase o material processual assim reunido sem consideração subsuntiva de sua completude. **“O processo só será racional e conforme à moderna concepção estatal, se a tutela jurídica outorga efetiva tutela estatal não só com a sentença, mas já com o primeiro passo do procedimento, o que não é nenhuma utopia. É necessário apenas deixar livre, como os restantes órgãos estatais, a força vinculante do juiz e colocá-la a serviço do direito, do bem comum e da paz social. Tudo isso é protegido pelas formas e formalidades do processo”**. Ele desafiava a verdade formal do conflito e queria acolher a assistência do juiz para a investigação do verdadeiro estado de fato do objeto da pretensão: “A tarefa do juiz consiste em investigar conforme a verdade, para pronunciar a verdade. Pois a principal condição de uma sentença justa é uma imagem verdadeira e correta”. Para Klein, não se tratava apenas de liberar o juiz da cadeia de apreciação formal da prova, mas antes arredar do caminho de sua movimentação também as limitações procedimentais obstaculizadoras, formalismo desnecessário, segundo seu parecer. Aos adversários, que advertiam contra o poder judicial demasiadamente grande assim proporcionado, lembrava a técnica das leis materiais mais modernas, que por meio de conceitos substancialmente mais pobres, como a boa-fé, praxes do tráfico jurídico, bons costumes etc., destinam ao juiz uma função quase criadora do direito, amplamente dominadora da sua atividade na reconstrução do suporte fático. **“Com semelhante técnica, o legislador contenta-se com a metade do trabalho e descarrega a outra metade no juiz que tem de acolher, de acordo com o espírito da lei, o princípio que deve prevalecer, à vista do grande número de possibilidade subordinadas ao conceito e para o conceito”** (grifo nosso, Troller, 2009, p. 63-64).

Oscar Von Bülow – que desenvolveu linha teórica para autonomia do direito processual⁸ – apresentou a clássica teorização do processo como relação jurídica desenvolvida entre as partes (meros colaboradores) perante um juiz protagonista que, com sensibilidade e sabedoria, ao decidir os litígios que lhes eram submetidos,

ser prejudicados pelo azar de uma atividade insuficiente e os erros do advogado” (Troller, 2009, p. 59-60).

⁸ José Alfredo de Oliveira Baracho explica que Bülow, em sua obra clássica, ‘Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais’, marcou o início do processualismo científico, especialmente pelo conceito de autonomia da ação, que veio a culminar na corrente moderna que considera a ação um direito subjetivo público, de caráter constitucional (Baracho, 2011, p. 4).

auxiliava no avanço do ordenamento jurídico que a lei apenas iniciou (Nunes; Bahia; Pedron, p. 97-98).

O juiz assume tamanho protagonismo que é importante a transcrição de trecho da obra de Bülow, citada por Nunes, Bahia e Pedron, no qual se percebe claramente uma concepção do juiz como um ser guiado pelo pulsante sentimento jurídico do povo:

[...] qual seja o justo, não é lei a dizê-lo. É ao juiz que é entregue a atribuição de colocar em evidência uma íntima unidade naquela multiplicidade, vale dizer, de escolher a disposição normativa que a ele pareça medianamente mais justa. E porquanto recorra com formalismo e método também aos usuais expedientes hermenêuticos, não por isto encontrará uma disposição de lei que a acolha, que lhe coloque limites jurídicos à sua escolha. Qualquer resultado ao qual ele chegue estará sendo autorizado antecipadamente pelo Estado como aquele justo, revestido da força da coisa julgada. [...] O poder autônomo de determinar o direito por parte do juiz alcança o fim de surgir vitoriosamente, até contradizendo significados normativos consolidados, até opondo-se ao querer e ao desejo do legislador. Esta é consequência das múltiplas dificuldades que se podem opor à precisa compreensão da palavra da lei (Bülow *apud* Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 100).

Em sentido parecido, Marcelo Cattoni assevera que no Estado Social cabia ao juiz “*uma tarefa densificadora e concretizadora do Direito, a fim de se garantir, sob o princípio da igualdade materializada, a justiça no caso concreto*” (Oliveira, 2002, p. 61).

Quer dizer, a socialização processual era o extremo oposto⁹ do liberalismo processual.

Destacando a dinâmica principiológica da fase da socialização processual, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira informa:

Nesse contexto [de socialização processual], os princípios processuais da oralidade, da publicidade e da livre valoração da prova, constituem apenas meios, técnicas diríamos nós, para atingir-se o escopo do processo, entendido este como ajuda segura e imediata, um indispensável instituto de bem estar social. Dessa premissa extrai, sobretudo, a necessidade de mais aguda atividade do juiz, instado a participar de forma mais intensa no processo e em particular na investigação dos fatos. Trata-se de confiar-lhe direção efetiva e não apenas formal do processo (Oliveira, 2017, p. 58).

⁹ Nesse aspecto, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira apregoou: “*No extremo oposto [do processo liberal], coloca-se a instituição de um processo civil para as relações de direito privado com plena exclusão do princípio dispositivo e absoluto império do princípio da oficialidade em prol da ampla investigação da 'verdade real e objetiva' [...]. Realmente, a radicalização nessa matéria pode implicar exagerada 'publicização' do processo, levando até à absorção da justiça na administração como chegou a ser sugerido no plano doutrinário na Alemanha Nazista, com ilimitada atribuição de poderes ao juiz na investigação probatória e consequente enfraquecimento das garantias e segurança dos direitos individuais*” (Oliveira, 2017, p. 57).

A socialização processual, como visto, agiganta o Estado-Juiz, que se personifica por meio de juízes tidos como inatamente talentosos e capazes de escutarem e atenderem ao sentimento do povo, promovendo o bem-estar e a pacificação social por meio do processo, mero instrumento a serviço de uma carismática¹⁰ jurisdição.

2.1.2.1 A socialização processual no Brasil

Na história processual brasileira, como bem comentam Alexandre Melo Franco Bahia, Diogo Bacha e Silva, Flávio Quinaud Pedron, antes de 1939, inexistia um código de processo civil. O que se tinha era um regulamento com regras processuais voltado para direito comercial editado, em 1850, e depois da Constituição de 1891, abriu-se a possibilidade de os Estados Membros legislarem sobre matéria processual. Apenas, em 1939, é que se editou, para valer em todo o território brasileiro, um código de Processo Civil (Bahia; Bacha e Silva; Pedron, 2018, p. 6).

Esse Código de Processo Civil de 1939, editado sob a ditadura Vargas, como apresentado por Alexandre Melo Franco Bahia, Diogo Bacha e Silva, Flávio Quinaud Pedron, conferia centralidade do Juiz, sujeito processual a quem cabia produzir as provas necessárias para se alcançar a verdade real (Bahia; Bacha e Silva; Pedron, 2018, p. 8).

Cabe frisar que a codificação de 1939 era autoritária, o que pode ser confirmado com trecho do livro de Francisco Campos, Ministro da Justiça à época e que estava por detrás daquele código:

À concepção duelística do processo haveria de substituir-se a concepção autoritária do processo. À concepção do processo como instrumento de luta entre particulares, haveria de substituir-se a concepção do processo como instrumento de investigação da verdade e da distribuição da justiça. Essa reforma do processo, destinada a pôr sob a guarda do Estado a administração da justiça, subtraindo-a à discrição dos interessados, tem um sentido altamente popular. Nenhum ramo de ciência jurídica havia se tornado tão hermético como o processo. Dos complicados lances em que se

¹⁰ Ver os estudos de Max Webber sobre os tipos puros de dominação (Webber, 2004). Webber estrutura um estudo da legitimidade (a lei interna do sujeito para receber e cumprir ordens) através das dominações legais, tradicionais e carismáticas. Na carismática, segue-se determinada ordem na crença do correto, justo, que um predestinado (talentoso) declara em suas manifestações. Salvo melhor juízo, se em Bülow o juiz completava a tarefa do legislador, isto é, criava o direito porque seguiria o sentimento jurídico do povo, não há como dissociar esse pensamento com o que Webber há anos estudara. Não é a racionalidade da decisão judicial, mas a figura do juiz sábio e justo, atributos congêntos da função desempenhada, que conferiria legitimidade ao direito por ele 'criado'.

esmeravam os malabaristas da vida forense, o povo deixara há muito de perceber as razões do fracasso ou do êxito (Campos *apud* Bahia; Bacha e Silva; Pedron, 2018, p. 8).

Percebe-se de forma bem nítida toda a carga da socialização idealizada por Menger e Klein, que colocava no juiz a figura do arauto do povo.

O Código de Processo Civil de 1939 foi substituído pelo Código de Processo Civil de 1973, igualmente concebido num contexto de ditadura. O CPC/73 foi inspirado nos ensinamentos do jurista italiano Enrico Tulio Liebman, que veio para o Brasil, em 1940, e influenciou os rumos dos estudos do direito processual em nosso País.

Alexandre Melo Franco Bahia, Diogo Bacha e Silva, Flávio Quinaud Pedron detalham que Liebman foi um dos precursores da Escola Paulista de Processo, tendo contribuído diretamente para a formação intelectual de Alfredo Buzaid, Ministro da Justiça por detrás do CPC/73. Com o advento da nova codificação, o processo passou a ser uma ferramenta técnica para se alcançar fins (escopos) sociais, políticos e jurídicos (Bahia; Bacha e Silva; Pedron, 2018, p. 9).

O processo nesse período é instrumento manejado pela jurisdição que personificada pelo Juiz, continua figurando como o centro gravitacional da relação processual, seguindo à risca a socialização processual europeia e, como bem detectado por Nunes, Bahia e Pedron, a teoria da instrumentalidade do processo sustentada por Candido Rangel Dinamarco repetia as ideias sustentadas por Klein, em preleção em Dresden, nos idos 1901 (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 106).

Quer dizer, quando da edição do CPC de 1973, estávamos reverberando ideias do início do século XX, em franco descompasso com as novas teorias acerca do processo, que se difundiam após a segunda guerra mundial.

2.1.3 Da democratização do processo

O ideal totalizante do Estado se mostrou falho.

Marcelo Cattoni explica que a partir da segunda metade da década de 60, movimentos sociais e de contracultura passaram a realizar críticas ao Estado do Bem-Estar, denunciando os limites e alcances das políticas públicas prometidas pelo Estado assistencialista. O rumo que então trilha o Direito, o que pôde ser percebido nas Constituições da época, tais como a Portuguesa (1976) e a Espanhola (1978), é

a de inclusão de atores sociais (associações e grupos) na participação da promoção de uma chamada justiça social (Oliveira, 2002, p. 62).

Marcelo Cattoni ainda salienta que, no próprio Brasil, a Constituição de 1988, ao promulgar no logo no art. 1º que a república brasileira se constitui num Estado Democrático de Direito, demarca um progressivo aprofundamento na democracia participativa para combater as desigualdades sociais (Oliveira, 2002, p. 63).

Esse viés de inclusão se deveu ao fato de que, como bem assinalou José Alfredo de Oliveira Baracho, em sua obra clássica ‘Teoria Geral da Cidadania’, “a participação do cidadão no poder, como característica da democracia, configura-se pela tomada de posição concreta na gestão dos negócios da cidade, isto é, no poder” (Baracho, 1995, p. 3).

Nesse sentido, de absoluto relevo a explicação de Marcelo Cattoni sobre a necessidade de o direito manter uma conexão com o povo por meio do processo que permitiria o estabelecimento de consensos:

[...] nas sociedades modernas, o Direito só pode cumprir a função de estabilizar as expectativas de comportamento se ele preservar uma conexão interna com a garantia de um processo democrático através do qual os cidadãos alcancem um entendimento acerca das normas de seu viver em conjunto.

O direito, justificado no princípio democrático, assume, então, o lugar deixado pela eticidade, pelas tradições imemorais e pelas ‘leis divinas’: além de corresponder às exigências funcionais de uma sociedade complexa, ao Direito também cumpre satisfazer as precárias condições de uma integração social que, em última análise, se dá através de aquisições de entendimento mútuo entre sujeitos comunicativamente atuantes (Oliveira, 2002, p. 66).

É importante lembrar e acrescentar que, nesse mesmo contexto histórico de mudança, os ordenamentos modernos tiveram a preocupação, muito em função das barbaridades e atrocidades da segunda guerra mundial, de reconhecer direitos e garantias fundamentais¹¹ tanto em tratados internacionais quanto em constituições, criando-se um movimento universal de defesa daqueles direitos (Dias, 2015, p. 87-88).

¹¹ Uma interessante digressão a respeito de direitos fundamentais e direitos humanos pode ser lida na obra ‘Processo Constitucional’, de Ronaldo Brêtas. O referido autor faz uma incursão histórica sobre o surgimento da expressão direitos humanos, que remonta a França de 1770. O autor ainda explica que a doutrina constitucional contemporânea tem a propensão de utilizar o termo direitos fundamentais para aqueles direitos humanos positivados em seus ordenamentos jurídico-constitucionais de forma expressa, ou de forma adstrita, isto é, quando extraídas de uma interpretação de um texto constitucional. E direitos humanos quando previstos em tratados, convenções (Dias, 2015, p. 85-87).

Desanuvia desse novo contexto que a centralização e protagonismo judicial, marcantes do período de socialização processual, se tornaram obsoletas no novo caminho trilhado pelo Direito, que passa a exigir uma configuração também diferente no campo processual: a democratização.

A respeito dessa democratização processual, ela:

É a fase processual típica do atual constitucionalismo embasada no Estado Constitucional ou Democrático de Direito; na soberania do povo e nos direitos fundamentais; na participação ativa e responsável do Estado e dos cidadãos; na responsabilidade social; e na influência de todos os atores sociais na tomada das decisões (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 123).

O Processo, assim, é oxigenado com novas teorias, pois a partir dele que se possibilitará a participação do povo para implementar os direitos fundamentais previstos nas constituições. O processo é, sem sombra de dúvida, um instituto indispensável à construção do Estado Democrático de Direito.

2.2 O processo constitucionalizado e sua contribuição para a construção do Estado Democrático de Direito

Como visto, o instrumentalismo processual se fundamenta com ideias próprias de um contexto jurídico e social descompassadas com a contemporaneidade. A obsolescência fez com que novas teorizações do processo fossem difundidas e submetidas ao debate, com vistas a se erigir alguma teoria que se adeque ao novo momento que exige participação efetiva dos afetados nas decisões estatais.

Conforme se passará a expor, as aproximações do processo com as constituições pós-segunda guerra mundial introduziram uma nova vertente de pensamento, isto é, de constitucionalização do processo.

2.2.1 Breve apontamento acerca da teoria de Fazzalari sobre o processo

Antes de se tratar da constitucionalização do processo, reputa-se importante, ainda que em breves linhas, apresentar a teoria do jurista italiano Ellio Fazzalari, que foi de grande contributo para a Democratização Processual.

Dierle Nunes explica que Fazzalari percebeu em diversos países uma difusão da ampliação da participação dos afetados pelo provimento (administrativo ou

jurisdicional) no *iter* procedimental formado por uma sequência de atos concatenados entre si. Tais ideias, novas para aquele momento, sobretudo no campo jurisdicional onde reinava a teoria da relação jurídica de Bülow (juiz como protagonista), fizeram o jurista italiano investigar e concluir que processo e procedimento são de um gênero comum, sendo que o processo possui diferenciação por possuir o contraditório¹² que marca a realização desses atos concatenados (Nunes, 2009, p. 204-206).

Carlos Henrique Morais Bonfim Júnior *et al* também frisam essa superação de Fazzalari em relação às ideias de Bülow:

No desenvolvimento do Direito Processual baseado na concepção de Oskar von Bülow, superou-se a concepção de processo como tipo de procedimento que consistia na mera sucessão de atos que compunham o rito da aplicação judicial do direito. Todavia, a autonomia proclamada influenciou gerações até Enrique Tulio Liebman e Alfredo Buzaid, orientado o Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, e provocou distorções ao eternizar a dicotomia entre direito processual autônomo em relação ao direito material e mitigar o procedimento a ponto de concebê-lo como simples forma de exteriorização de atos encadeados. Ressalta Aroldo Plínio Gonçalves que esta linha doutrinária que separa o procedimento do processo firmou-se sobre o critério teleológico, pelo qual se atribuem finalidades ao processo e se considera o procedimento delas destituído. Nela, o procedimento é puramente formal, algo que tanto pode ser uma técnica, como os atos de uma técnica, como a ordenação de uma técnica, enfim, separa-se do processo como ideia impregnada de finalidades por se estranho a qualquer teleologia (Bonfim Júnior *et al*, 2007, p. 238).

Procedimento e processo, com Fazzalari, ganham contornos de gênero e espécie, caindo por terra a mera 'exteriorização formal' de um para o outro.

Procedimento, em Fazzalari, caracteriza-se pela concorrência de normas sequenciadas, constituindo uma atividade preparatória de determinado ato estatal:

De acordo com o eminente Elio Fazzalari, dentro da formação de uma estrutura procedimental, cada norma concorre individualmente para constituir a sequência que será conhecida como procedimento. [...] Neste ponto, cabe colacionar valioso escólio da lavra de Fazzalari, recentemente traduzido para a língua portuguesa, que impressiona pela clareza da escrita e perspicácia do raciocínio: ... a estrutura do procedimento se obtém quando se está diante

¹² Conforme bem explica Dierle Nunes: *“O processo, constitui, assim, um esquema mais complexo de procedimento, uma sequência normativa de posições subjetivas (faculdades, deveres e poderes) e de atos [de modo que cada um deles pressupõe o(s) precedente(s) e é pressuposto do(s) seguinte(s)], objetivando a formação de um provimento, realizada em contraditório (FAZZALARI, 1986, p. 824-827). Nas palavras do mestre italiano: “O esquema representa a dinâmica da formação do provimento e fornece a relevância a toda a sua atividade preparatória. (tradução livre) (FAZZALARI, 1989, p. 2)” (Nunes, 2009, p. 207). Assim, “o processo é um procedimento do qual participam (estão habilitados a participar) também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa impedir as suas atividades” (FAZZALARI, 1986, p. 827)” (Nunes, 2009, p. 206).*

uma série de normas (até a reguladora de um ato final, frequentemente um provimento, mas pode-se tratar também de um simples ato), cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como direito ou como obrigação), mas que enuncia como pressuposto da sua própria aplicação, o cumprimento de uma atividade regulada por uma outra norma da série. [...] O procedimento passa a ser, no paradigma da teoria fazzalariana, uma: Atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. Logo, infere-se que o provimento é o ato estatal dotado de caráter imperativo e produzido por órgãos no âmbito de sua competência, seja ele administrativo, legislativo ou jurisdicional (Bonfim Júnior *et al*, 2007, p. 240).

Ressalvam Carlos Henrique Morais Bonfim Júnior *et al*, à luz dos estudos de Aroldo Plínio Gonçalves sobre a teoria de Fazzalari¹³, que o ato final, para ter validade, depende que a sequência de normas, atos e posições subjetivas se liguem intrinsecamente, de modo a existir uma pressuposição entre eles. Assim, o ato final isoladamente, sem que respeite o procedimento, validade alguma teria (Bonfim Júnior *et al*, 2007, p. 242).

Estabelecida essa premissa de que o procedimento prepara o ato estatal (provimento), Fazzalari estrutura uma teoria que legitima a decisão judicial (ato estatal imperativo) a partir do debate entre os afetados pelo provimento, debate este a ser realizado num procedimento orientado pelo contraditório que permite às partes a participação em simétrica paridade, distanciando a decisão da legitimação a partir da jurisdição, como se entendia da teoria de Bülow¹⁴ (Nunes, 2009 p. 207).

Carlos Henrique Morais Bonfim Júnior *et al* especificam ainda mais o elemento designativo do processo – o contraditório –, enunciando as próprias palavras de Fazzalari:

Tal estrutura [o processo] consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade de suas posições; na mútua implicação de suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada

¹³ Os autores citam a obra de Aroldo Plínio Gonçalves, bastante elucidativa no ponto: “Se o procedimento fosse considerado apenas como uma série de normas, atos e de posições subjetivas, o ato jurídico isoladamente considerado poderia produzir nele seus efeitos. Mas o procedimento é mais que uma mera sequência normativa, que disciplina atos e posições subjetivas, porque faz depender a validade de cada um sua posição na estrutura, que requer o cumprimento de seu pressuposto. O ato praticado fora dessa estrutura, sem a observância de seu pressuposto, não pode ser por ela acolhido validamente, porque não pode ser nela inserido” (Gonçalves *apud* Bonfim Júnior *et al*, 2007, p. 242).

¹⁴ Embora Fazzalari centralizasse sua teoria na parte da técnica processual, ele foi grande contraponto à centralização do estudo do direito processual a partir da figura do juiz (Nunes, 2009, p. 207).

contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados. Veja-se, por exemplo, a fase que precede uma sentença civil de condenação e na qual se recolhem os elementos com base nos quais o juiz deverá emanar tal sentença ou não: dela participam os destinatários a serem beneficiários da condenação e os que são destinados a submeter-se a ela, em contraditório entre eles, isto é, desenvolvendo simétricas atividades entre eles, destinadas a fornecer ao juiz que não poderá abster-se – elementos a favor e contrários àquela emanção. Existe, em resumo, o ‘processo’, quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar (Fazzalari *apud* Bonfim Júnior *et al*, 2007, p. 244-245).

Foi com Fazzalari, consoante elucidado por Nunes, Bahia e Pedron, os quais, por sua vez, se basearam nos estudos prévios de Rosemiro Pereira Leal e Aroldo Plínio Gonçalves, que o processo foi oxigenado, dando um passo importante para que novas teorizações fora do eixo do decisor pudessem surgir:

[...] a partir da concepção Fazzalariana, dá-se a devida importância ao processo enquanto instituto que garante a formação do debate em contraditório entre os interessados – produtor de decisões legítimas, porque construídas em diálogo genuíno, que refreia os poderes desmedidos do magistrado. A visão Fazzalariana representa os primeiros ganhos democráticos para a ciência do direito processual e para a teoria do processo, na medida em que concebe como mecanismo de controle dos atos do estado (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 342).

Perceptível, nesse contexto, que o processo veio ganhando protagonismo – que antes ficava na jurisdição (Nunes, 2009, p. 207), e abriu espaço para que se pudesse teorizar o processo como um autêntico canal para se implementar direitos fundamentais.

2.2.2 Do processo constitucionalizado

Em estudo acerca dos pontos de convergência e divergência entre os juristas que escreveram e teorizaram o processo constitucional¹⁵, Marcus Vinicius Pimenta apresenta algumas noções da pesquisa do uruguaio Eduardo J. Couture, para quem, graças à Declaração Universal de Direitos Humanos, os direitos processuais

¹⁵ Processo Constitucional, processo constitucionalizado e modelo constitucional, nesta dissertação, são tratados como sinônimos.

passaram a receber um tratamento constitucional por diversos países, erigindo-os como direitos fundamentais (Pimenta, 2020, p. 257).

É com o Eduardo J. Couture (1904-1956) que a aproximação entre Constituição e Processo se notabiliza e abre campo para o direito processual se estabelecer como efetivador de direitos Fundamentais, contudo, importa mencionar que o processualista uruguaio ainda entendia o processo como instrumento para realizar os fins da jurisdição, não se desfilando, assim, da teoria da relação jurídica de Bülow (Pimenta, 2020).

Pouco depois de Couture, o processualista mexicano Hector Fix-Zamudio se dedicou ao estudo da Constituição e Processo e foi por ele que se iniciou um estudo de uma teoria do processo constitucional (derivada da teoria geral do processo), que buscava sistematizar ação, jurisdição e processo na efetivação das garantias constitucionais que propiciariam a efetividade dos direitos humanos. Fix-Zamudio, assim como Couture, também era adepto da teoria da relação de jurídica e, portanto, atribuía à jurisdição, formada por juízes que por sua condição seriam melhores capacitados, a efetivação dos direitos fundamentais – algo que instaurava o paradoxo de Bülow (Pimenta, 2020, p. 262-263).

O paradoxo de Bülow consistia, segundo explicado por André Cordeiro Leal, numa situação na qual o processo como instrumento do juiz para a pacificação social não consegue controlar os conflitos que o próprio juiz instaura ao atuar como se dono do processo fosse (Leal *apud* Pimenta, 2020, p. 263).

No Brasil, um dos precursores, senão o grande percursor das aproximações entre Constituição e Processo, foi José Alfredo de Oliveira Baracho (1927-2007), como bem assinala Rosemiro Pereira Leal:

[...] conforme já ressaltamos, os estudos do processo como instituição constitucionalizada apta a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia, o procedimento, como direito-garantia fundamental, despontaram-se, a nosso sentir, com a obra, inicialmente incompreendida pelas ideias moderníssimas que sustentava, do incomparável pesquisador e constitucionalista mineiro, prof. José Alfredo de Oliveira Baracho, cujas reflexões e trabalhos no campo do direito constitucional são conhecidos em todo o mundo, principalmente na Alemanha, onde são difundidos nas universidades mais proeminentes (Leal, 2015, p. 140).

Para Baracho, entender o processo como garantia dos direitos individuais antecipa a compreensão constitucional do direito processual (Baracho, 2011, p. 1).

Baracho ainda explica que da supremacia da Constituição sobre a lei processual e da necessidade desta última existir e se orientar conforme a Constituição, são geradas premissas inafastáveis para a compreensão de um processo constitucional, a saber: a) A constituição pressupõe a existência de um processo garantindo a dignidade da pessoa humana; b) a lei deve instituir esse processo; c) a lei não pode dispor de forma a tornar inócua a concepção do processo como efetivador de direitos fundamentais; d) a lei não pode privar o indivíduo de razoavelmente acessar e manejar a tutela processual para fazer valer seus direitos; e) devem existir mecanismos para o controle de constitucionalidade das leis (Baracho, 2008, p. 1).

Na teorização de Baracho, diferente de seus predecessores, *o processo constitucional* não é um ramo da teoria geral do processo, mas *é a teoria geral do processo de onde deve partir todas as ramificações do direito processual* (o que enseja uma nova colocação científica para o direito processual). E mais do que isso, o processo constitucional de Baracho não se baseia na teoria da relação jurídica de Bülow, pois o processo é garantia (proteção jurídico-política) de limite de exercício do poder e pressupõe a participação do povo na efetivação dos direitos fundamentais, construindo o Estado Democrático de Direito (Pimenta, 2020, p. 267-268).

Os estudos sobre Constituição e Processo, para além de Couture, Fix-Zamudio e Baracho, também contaram com importante contribuição de juristas Italianos, como Italo Andolina e Giuseppe Vignera.

Em que pese uma ausência de destaque aos estudos dos latinos (que já se dedicavam ao tema da constituição e processo desde o final da década de 50¹⁶), o entendimento acerca do processo constitucional para os juristas italianos supracitados seguia um mesmo fio condutor, não destoando significativamente do que os latinos já haviam aprofundado anos antes (Pimenta, 2020).

De acordo com Andolina, o processo seria o *“centro de gravidade de toda a estrutura de atuação dos valores constitucionais”* (Andolina, 1997, p. 64), e este processo constitucionalizado, isto é, plasmado nos valores constitucionais

¹⁶ Em importantíssimo estudo acerca do processo Constitucional, Marcus Vinícius Pimenta apresenta que, embora os juristas italianos tivessem publicado a clássica obra ‘Il modello costituzionale del processo civile italiano’ em 1990, isto é, muitos anos após Couture (4 décadas após), Fix-Zamudio (3 décadas após) e Baracho (1 década), não houve uma influência dos autores latinos. Os latinos, de modo diferente, em seus estudos utilizavam, cada qual em seu tempo, das bases e construções anteriores sobre as aproximações entre Constituição e Processo (Pimenta, 2020, 268-269).

democráticos, deveria conter: independência do juiz; estrutura participativa baseada no contraditório, ampla-defesa e isonomia; transparência e legalidade da decisão, que deve ser motivada; além de a tutela jurisdicional ser efetiva, prevendo o ordenamento jurídico medidas assecurativas e antecipatórias toda vez que o bem da vida estiver em risco na demora da sentença de mérito (Andolina, 1997, p. 65).

Marcus Vinicius Pimenta ainda destaca que, para Andolina e Vignera, o processo constitucional consubstanciava o *modelo constitucional de processo*, único e de tipologia plural, com características de expansividade (que se expande a todos os ramos do direito processual); variabilidade (se adapta a todos os ramos de direito processual); e perfectibilidade (possibilita a legislação infraconstitucional de aperfeiçoar as disposições constitucionais processuais e até mesmo inovar, desde que seguido o modelo constitucional de processo) (Pimenta, 2020, p. 269).

Flaviane de Magalhães Barros, estudiosa do processo constitucional, acentua:

O modelo constitucional de processo possui, segundo ANDOLINA e VIGNERA, três importantes características: expansividade, variabilidade e perfectibilidade. Isto é: a expansividade, que garante a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microssistemas, desde que mantenha sua conformidade com o esquema geral de processo; a variabilidade, como a possibilidade da norma processual se especializar e assumir forma diversa em função de característica específica de um determinado microssistema, desde que em conformidade com a base constitucional; e, por fim, a perfectibilidade, como a capacidade do modelo constitucional se aperfeiçoar e definir novos institutos através do processo legislativo, mas sempre de acordo com o esquema geral (Barros, 2010, p. 358).

No horizonte brasileiro contemporâneo pós-1988, como bem sintetizado por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, o Processo Constitucional pode ser entendido como:

Um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo (partes), quando deduzem pretensão à tutela jurídica nos processos, perante os órgãos jurisdicionais: a) direito de amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b) garantia do juízo natural; c) garantia do contraditório; d) garantia da ampla-defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluindo o direito à presença de advogado ou de defensor público; e) garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); f) garantia de um processo sem dilações indevidas (Dias, 2015, p. 165-166).

Portanto, ante aos estudos realizados, pode-se concluir que desde as teorizações de Fazzalari o processo se emancipou da jurisdição e se tornou, graças aos juristas que aproximaram Constituição e Processo, o Processo Constitucionalizado, o qual deve servir de base (ou teoria geral) para todos os ramos de direito processual.

Em função da constitucionalização, o processo implementa direitos fundamentais. Promove e constrói o Estado Democrático de Direito, cuja característica marcante é a abertura ao destinatário da norma de participar efetivamente de sua construção, legitimando a atuação do poder, que emana do povo e é distribuído (e não concentrado) entre as funções¹⁷ estatais (legislativo, administrativo e judiciário).

É com base no processo constitucional que se estudará o *iura novit curia*, adágio este que, embora de uso comum na prática jurisdicional, recebeu poucos estudos específicos, e sua utilização pode representar um retrocesso à ciência processual, que desde os estudos de Fazzalari se orienta sob o aspecto da participação dos afetados pelo provimento e não somente pelo autor do provimento.

Há de se buscar uma decidibilidade democrática, e o estudo do *iura novit curia* no atual momento jurídico-processual nos parece ser medida necessária.

2.3 Princípios do processo constitucionalizado

O processo constitucionalizado possui princípios jurídicos institutivos, isto é, princípios que delineiam uma base, sem a qual não se pode afirmar sua existência.

A esse respeito, Flaviane de Magalhães Barros aduz quanto a constituição da base principiológica do processo constitucionalizado e também sobre a variabilidade (característica do processo constitucionalizado) dos princípios em cada microssistema processual:

Processo [constitucionalizado], este, que é uma garantia constitucional que possui uma base única, fundada nos princípios constitucionais de processo, que garantem o contraditório, ampla argumentação, o terceiro imparcial e a fundamentação da decisão, ou seja, como estrutura legitimadora dos

¹⁷ Como bem explica Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, o Poder é único, e se espalha sobre os indivíduos pelo exercício de 03 funções fundamentais (executivo, legislativo e judiciário): “O Estado deve ser concebido como ordenação de várias funções atribuídas a órgãos diferenciados, segundo a previsão das normas constitucionais que o organizam juridicamente. O que deve ser considerada repartida ou separada é a atividade e não o poder do Estado, do que resulta uma diferenciação de funções exercidas pelo Estado por intermédio de órgãos criados na estruturação da ordem jurídica constitucional, nunca a existência de vários poderes do mesmo Estado” (Dias, 2015, p. 22).

provimentos, sejam eles jurisdicionais, administrativos ou legislativos. (...) Os princípios que formam a base principiológica - contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação da decisão - são compatíveis com os processos (legislativo, administrativo e jurisdicional). Mas tais princípios devem ser interpretados de acordo com cada um dos microssistemas processuais, não deixando de lado as características próprias de cada um dos microssistemas. Para tanto, não se pode desconsiderar as características do modelo constitucional do processo. (...) Logo, os princípios que constituem a base devem ser interpretados de forma a dar coerência a cada microssistema que possui suas características próprias (Barros, 2010, p. 358).

Deve-se, assim, compreender que há uma base principiológica e que atuará em cada microssistema, sem perder sua característica, mas ao mesmo tempo se adaptando ao *locus* onde produz seus efeitos.

2.3.1 Os princípios jurídicos

Antes de tratar dos princípios institutivos do processo constitucionalizado, reputamos relevante indicar qual a linha de entendimento a respeito de princípios jurídicos adotada na presente pesquisa, ainda que tal temática, inserida no campo da teoria do direito, fuja dos contornos do trabalho que está situado no direito processual.

Essa necessidade é demonstrada pelo fato de que, consoante já ressaltado por Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, é possível citar pelo menos uns onze sentidos¹⁸ sobre princípios utilizados por juristas (Atienza; Manero, 2017, p. 6-8).

Pois bem.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias apresenta que os princípios envolveriam, “*sob enunciados sintéticos, o conteúdo complexo de ideias científicas e proposições fundamentais informadoras e componentes do ordenamento jurídico*” (Dias, 2015, p. 137), como que “*diretrizes gerais induzidas e indutoras do direito, porque são inferidas de um sistema jurídico, e, após inferidas, se reportam ao próprio sistema jurídico para informá-lo, como se fossem alicerces de sua estrutura*” (Dias, 2015, p. 137).

Ainda em consonância com os estudos de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, contemporaneamente, os princípios são havidos como proposições fundamentais, tidos como normas jurídicas de um ordenamento jurídico, se situando ao lado das

¹⁸ Atienza e Manero, utilizando as lições de Carrió e Guastini, elencam os principais sentidos para princípios utilizados pelos juristas: norma geral (genericidade); vagueza; diretriz (perseguir determinados fins); expressão de valores superiores de um ordenamento jurídico; importância; hierarquia elevada; ordem para interpretação de uma lei; *regula iuris* (máxima utilizada para sistematizar o ordenamento jurídico ou parte dele) (Atienza; Manero, 2017, p. 6-8).

regras¹⁹, com a mesma força vinculativa. Os princípios jurídicos acabam se voltando para a revelação, interpretação, aplicação e fundamentação do direito (Dias, 2015, p. 140).

As principais funções dos princípios jurídicos são: a) interpretativa, b) supletiva e c) normativa própria. A interpretativa, também chamada de descritiva ou informacional, está ligada à noção clássica de que o princípio atuará na revelação do sentido e essência de uma regra integrada ao ordenamento jurídico. A supletiva, por sua vez, indica uma característica de fonte subsidiária do princípio para quando faltando a regra específica, se realizar a integração do direito. Por fim, a normativa própria, conhecida também como normogenética, aponta o princípio na base de todo o ordenamento jurídico, com força vinculativa própria, e não simples proposição programática para orientar as relações intersubjetivas (Dias, 2015, p. 138-143).

Vitor Salino de Moura Eça, de forma certa, sintetiza que os *"princípios são fatores estruturantes de determinada área de conhecimento, servindo para inspirar, interpretar e integrar (...)"* (Eça, 2019, p. 25).

Complementando, Rosemiro Pereira Leal apresenta o princípio como *marco teórico*, um verdadeiro referente lógico-dedutivo, genérico e fecundo (no aspecto de ser desdobrável dentro do conteúdo que formou o princípio):

[princípio é] referente lógico-jurídico de invariabilidade perene, estabelecido na lei positiva (texto legal), como limite originário da interpretação e aplicação do direito legalmente formulado. Marco teórico que, introduzido pela linguagem do discurso legal como referente lógico-dedutivo, genérico e fecundo (desdobrável), é balizador dos conceitos que lhe são inferentes (Leal, 2015, p. 382).

Os princípios jurídicos se direcionam a diversos níveis da atuação do Direito, e como normas que são, possuem força vinculativa *per se*. Assim, na seara do direito processual, podem desde orientar como marcos teóricos, até imperativamente ordenar como se deve proceder, sob pena de violação a uma norma que, dada sua característica normogenética, é fundamento do ordenamento jurídico, ou seja, caracteriza uma gravíssima ofensa.

¹⁹ Atienza e Manero apresentam interessantes delimitações sobre regras jurídicas. Elas conteriam razões peremptórias em seu conteúdo que retirariam qualquer deliberação de seu destinatário para realizar uma ação, isto é, independem de juízos próprios de ponderação para sua aplicação, e assim devem ser consideradas em razão de sua fonte. Além disso, segundo os autores, que se baseiam por sua vez em Robert Alexy, as regras são normas que exigem cumprimento. Sendo a regra válida, é obrigatório fazer exatamente o que ela determina (Atienza; Manero, 2017, p. 12, 15-16).

2.3.2 A base principiológica institutiva do processo constitucionalizado

Sempre dentro de sua variabilidade, independente do segmento de sua operacionalização (cível, penal, trabalhista, eleitoral, militar), o processo constitucionalizado possui uma base principiológica institutiva.

Base principiológica institutiva porque, com os princípios é possível predizer como determinado segmento do ordenamento jurídico atuará (Atienza; Manero, 2017, p. 18).

Nesse sentido, por exemplo, sem contraditório, ampla defesa e isonomia não se definiria processo nas balizas atuais de garantia ao exercício de direitos fundamentais (Leal, 2015, p. 153). Ou, também em cunho exemplificativo, inconcebível seria a legitimidade de uma decisão judicial prolatada que não observasse a fundamentação racional, ou ainda prolatada por terceiro parcial.

Se a Constituição Federal de 1988 prescreve que a república é constituída sob a égide de um Estado Democrático de Direito (em construção), não há como conceber um processo sem princípios explicitados pela própria Constituição e que servem justamente para implementar direitos fundamentais.

Pensar de modo diverso significa retroceder e preconizar um processo instrumento da jurisdição, alheio à característica marcante da democratização – processual – de inserir o destinatário do provimento em sua efetiva construção.

Por isso que, como bem elucidado por Flaviane de Magalhães Barros:

O modelo constitucional de processo se define pelos princípios constitucionais do processo, sendo definido por uma base de princípios. Optou-se por definir a base a partir de quatro princípios reitores, contraditório, ampla defesa como ampla argumentação, terceiro imparcial e a fundamentação da decisão. Eles se definem isoladamente, mas ao mesmo tempo podem ser compreendidos de forma codependente (Barros, 2010, p. 358-359).

Passemos, então, à exposição dos princípios que formam esse bloco institutivo do processo constitucionalizado: contraditório, ampla defesa, isonomia, fundamentação da decisão e terceiro imparcial.

2.3.2.1 Contraditório

Em estudo sobre as origens do contraditório, Dierle Nunes e Humberto Theodoro Júnior explicam que, historicamente, o contraditório constituía uma manifestação importante na fase do processo comum europeu (século XIII a XVIII). Ele servia como metodologia de pesquisa da verdade e também como compensador das várias formas de desigualdades existentes no processo (inclusive, avaliação da capacidade dos defensores das partes)²⁰ (Theodoro Júnior; Nunes, 2009, p. 2).

Ainda com base nas pesquisas de Theodoro Júnior e Nunes, a passagem do processo comum que tinha ordem isonômica graças ao contraditório²¹ para um processo de ordem assimétrica²² com a *Prozess-Ordnung* da Prússia (1781), reduziu significativamente o conteúdo do contraditório para uma ótica mecânica²³ de dizer e contradizer. É que a legislação prussiana se fundava na imposição hierárquica do juiz sobre as partes, e tal redução do conteúdo se perpetuou nas legislações e teorizações processuais europeias subsequentes, com expoente na teoria processual da relação jurídica de Büllow, a qual preconizava a relação das partes diante de juiz com o papel

²⁰ No entanto, é válido ressaltar que os próprios referidos autores asseveram que o processo comum europeu estava numa época em que a sociedade era dividida por castas, e, por isto, o contraditório não alcançava a todos.

²¹ Nicola Picardi especifica essa ordem isonômica: "*No direito comum clássico [europeu], o eixo do juízo era constituído pela regra audiatur et altera pars (hoje, diríamos pelo princípio do contraditório), entendida como método dialético e ético à disposição do juiz, com a colaboração das partes, para a busca da única verdade que podia ser alcançada dessa maneira, a verdade 'provável'. O contraditório, na época, praticado em versão potente, era resolvido com um diálogo que garantia reciprocidade e igualdade fundamental entre as partes e em relação ao juiz. A construção interna do procedimento, em outros termos, era mercada pela isonomia, ou seja, pela paridade de tratamento entre governantes e governados (princeps citationis defectum supplere non potest), entre juiz e partes (iudex non potest supplere in factum) entre as próprias partes (ordini...tradito renuntiari non potest etiam consensu partium: para as fontes v. Picardi, Processo Civile, diritto moderno, em "Enciclopedia del Diritto, vol. XXXVI, Milão, 1987, p. 116). O processo em outros termos, era estruturado como ordem isonômica"* (Picardi apud Nunes, 2009 p. 14-15).

²² Nicola Picardi também detalha que essa ordem assimétrica "(...) já que baseada na autoridade, na hierarquia e na lógica burocrática. Delineia-se, assim, a tendência a desvalorizar o contraditório, resolvendo-o em uma contraposição mecânica de teses e, em última análise, em uma prova de força. Por outro lado, tinha-se a certeza de que a verdade, não mais 'provável', mas absoluta, poderia, então, ser alcançada pelo juiz, mesmo que fora do contraditório. Portanto, o juiz não mais um simples fiscal e tutor do procedimento, foi munido de poderes adequados e acabou por assumir a condução de um processo fundamentado sobre a autoridade e sobre a hierarquia. Passou-se, assim, da ordem isonômica à ordem assimétrica, corroborando-se uma concepção formal do contraditório e do processo" (Picardi apud Nunes, 2009, p. 16). No mesmo sentido, Daniel Mitidiero aduz: "*O processo assimétrico conta para a sua configuração com uma radical separação entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, o que reflete diretamente na relação entretida entre o indivíduo e o poder político, que passa a ser absolutamente assimétrica (o Estado vai compreendido como um sujeito que se encontra acima de seu povo). O Estado apropria-se do direito, sendo seu o direito a aplicar no processo, tarefa que se desincumbe utilizando-se de uma racionalidade teórica, visando tornar segura e certa, tanto quanto possível a realização do direito posto. O contraditório passa a ser encarado como mera bilateralidade da instância"* (Mitidiero, 2009, p. 101).

²³ Bilateralidade de audiência, contraditório estático ou formal, são todos sinônimos e se eventualmente utilizados nesta pesquisa, terão o mesmo sentido.

– e protagonismo – de dirigir o processo para se alcançar o bem estar social, o que dava a tônica do período da socialização processual²⁴ (Theodoro Júnior; Nunes, 2009, p. 3).

Foi no segundo pós-guerra, como já elucidado no tópico da constitucionalização do processo, que os ordenamentos modernos tiveram a preocupação, muito em função das barbaridades e atrocidades daquele fatídico evento histórico, de reconhecer direitos e garantias fundamentais tanto em tratados internacionais quanto em constituições, criando um movimento universal de sua defesa (Dias, 2015, p. 87-88).

O processo, assim, entrou na fase da democratização e sua constitucionalização era inevitável. E é num contexto de constitucionalização que o contraditório foi sendo estudado e expandido, sem derivar de seu núcleo de possibilitar a participação dos afetados na decisão.

Em consonância com Dierle Nunes, é na Alemanha que se inicia uma doutrina processual (com Fritz Baur, Rolf Bender, Cristoph Strecker, Gerhard Walter) que não mais concebe o contraditório como bilateralidade de audiência, mas sim como possibilidade de influência sobre conteúdo das decisões e desenvolvimento do processo com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa, mediante a imposição de um dever de consulta do juiz junto às partes, a fim de franquear um debate preventivo e de submissão de todos os fundamentos da futura decisão ao contraditório (Nunes, 2009, p. 226).

Se a doutrina alemã foi decisiva para uma concepção do contraditório fora da visão estática ou mecânica, a doutrina italiana contribuiu para formação de um novo conceito. Isso porque o contraditório foi entendido como garantia de simétrica paridade de armas com Elio Fazzalari; dever-ônus para o juiz, que tem que provocar, de ofício, o prévio debate sobre quaisquer questões de fato e direito determinantes para a resolução da demanda, com Luigi Paolo Comoglio; e meio de os potencialmente afetados pelo julgado poderem influir sobre o resultado, com Nicolò Trocker (Nunes, 2009, p. 226-227).

²⁴ A socialização processual, assim como o liberalismo e a democratização processuais, que compõem uma divisão didática proposta por Nunes, Bahia e Pedron (2021), foi exposta em tópico próprio nesta dissertação.

Oxigenado por essas novas ideias, não se pode ter outra leitura do contraditório senão "(...) como **garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo**" (grifo nosso, Nunes, 2009, p. 227).

Interessante raciocínio é o de Flaviane de Magalhães Barros que critica a noção de contraditório no instrumentalismo processual, teoria esta que entende aquele princípio como 'informação e reação das partes', ou seja, uma noção limitada, típica de concepções teóricas arraigadas no protagonismo da jurisdição, descompassadas da influência que marca o hodierno contraditório:

A noção de contraditório, definida por SCARANCE FERNANDES, que segue a linha teórica do instrumentalismo, define como seus elementos essenciais a necessidade de informação e a possibilidade de reação (FERNANDES, 2002, p. 52). Diversa, portanto, da proposta de FAZZALARI que entende o contraditório como posição de simétrica paridade entre os afetados pelo provimento final ou, em outras palavras, a construção participada da decisão. Para a compreensão da noção de contraditório exposta, não se admite compreendê-lo de forma limitada como ação e reação das partes, como mera necessidade de dizer ou contradizer o direito em razão do conflito. Como ressalta GONÇALVES: "O contraditório não é o 'dizer' e o 'contradizer' sobre a matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material. (...) Essa será a sua matéria, o seu conteúdo possível". GONÇALVES, 1992, p. 127). Assim, tomando como base a noção de processo como garantia, o contraditório deve ter seu conceito ampliado, de modo a ser compreendido como o espaço procedimentalizado para garantia da participação dos afetados na construção do provimento. Assim, o contraditório tem como característica o princípio da influência, no sentido de que as partes têm direito de influir argumentativamente nas decisões do processo, ou seja, influir no desenvolvimento e no resultado do processo (NUNES, 2007, 2009). A influência gera garantia de não surpresa, ou seja, de não ser afetado por uma decisão sem participar da sua construção. Nesse sentido, a não surpresa somente pode ser retirada em casos excepcionais, mas o contraditório não é suprimido, e sim postergado (Barros, 2010, p. 359-360).

Prova da cabal importância dessa nova concepção do contraditório para a estruturação de um processo mais democrático pode ser encontrada nas legislações estrangeiras.

O art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile*, que entrou em vigor, em 1976, impede o juiz de julgar com base em fundamentos que ele suscitou de ofício sem que antes tenha ouvido as partes a respeito (Theodoro Júnior; Nunes, 2009, p. 5).

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal interpretou o art. 103, §1º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, que trata da pretensão de audição jurídica, de modo a garantir que o efeito da norma não ficasse apenas entre as partes, mas também alcançasse o juiz, fazendo que com que este provocasse o

debate preventivo sobre todas as questões a serem consideradas nos julgamentos, ou seja, um contraditório-influência e que veda a decisão surpresa (Theodoro Júnior; Nunes, 2009, p. 5).

Para além de Alemanha e França, Ravi Peixoto cita Portugal²⁵, Itália²⁶ e Macau²⁷ que positivaram em seus ordenamentos o contraditório com sentido bem parecido (Peixoto, 2019).

Em terras brasileiras, antes do Código de Processo Civil de 2015, como bem lembrado por Fernando Gonzaga Jayme, Renata Christina Vieira Maia e Cirilo Augusto Vargas, cabe a menção do famoso precedente do Supremo Tribunal Federal, o MS 24.268/MG, julgado em 2004, no qual o relator Ministro Gilmar Mendes, amparado pela doutrina alemã – o que evidencia a vocação internacional do contraditório – decidiu que a previsão do art. 5º, LV, da CRFB/88 não se limita ao contraditório estático (dizer-contradizer), indo para um conteúdo no qual é assegurado à parte ter seus argumentos contemplados pelo juiz (influência) (Jayme; Maia; Vargas, 2019).

É íntima, senão umbilical, a relação entre fundamentação da decisão judicial com o contraditório, como já asseverou Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias quando escreveu que dessa interação gerar-se-ia um quadrinômio no conteúdo do contraditório, a saber: informação, reação, diálogo e influência, sendo que é em tal conotação que o processo, na vigência de um Estado Democrático de Direito, deveria se estruturar, a fim de que as decisões proferidas sejam fruto da participação dos sujeitos do processo, possibilitando a implementação dos direitos fundamentais titularizados pelas partes (Dias, 2015, p. 133-134).

²⁵ Art. 3º, 3, do CPC Português, de 2013: “Art. 3º [...] 3 – O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem” (Portugal, 2013).

Art. 101, 2, do CPC italiano, de 1940 “Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione” (Itália, 1940). Ou, em tradução livre: “Se o juiz entender que questão suscitada de ofício fundamenta a decisão, o juiz reserva a decisão, fixando às partes, sob pena de nulidade, prazo, não inferior a vinte e não superior a quarenta dias a contar da comunicação, para o arquivamento na Secretaria de petições contendo observações sobre a mesma questão”.

²⁷ Art. 8º, 2, do CPC de Macau, de 1999: “2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando conhecimento à outra parte dos resultados da diligência” (Macau, 1999).

Nunes, Bahia e Pedron, tratando da doutrina alemã, explicitam a importância da influência contida no contraditório, que acaba instituindo um dever ao magistrado de considerar as razões de fato e direito trazidas pelas partes, avaliando-as detidamente:

No sistema alemão, o princípio [do contraditório], nos termos do art. 103, §1º, da *Grundgesetz* (Lei Fundamental alemã) inclui não só o direito de se expressar, mas também o direito a que essas declarações sejam devidamente levadas em consideração. Julgados do Tribunal Constitucional Federal (por exemplo, BVerfGE 70, 288 NJW 1987, 485) localizam esse dever como decorrência do contraditório (*anspruch auf rechtliches Gehor*), apontando que ele assegura às partes o direito de ver seus argumentos considerados, que atribui ao magistrado não apenas o dever de tomar conhecimento das razões apresentadas (*kenntnisahmepflicht*), como também o de considerá-las séria e detidamente (*Erwagungspflicht*) (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 525).

Em terras brasileiras, o Código de Processo Civil de 2015 teve clara influência de todo esse movimento de expansão do conteúdo do contraditório. Dierle Nunes e Lúcio Delfino aduzem que o art. 10 do CPC/15 tutela o contraditório em sua acepção substancial:

O dispositivo [art. 10 CPC] 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 (Nunes, Delfino, 2014, p. 4).

Em que pese o art. 10 do CPC representar o princípio do contraditório, há na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a nomeação do art. 10 do CPC como 'princípio da não surpresa'. Contudo, a nomeação de princípio outro que não o do contraditório nos parece enfraquecer o real dimensionamento do dispositivo legal (e o gravame quando de sua inobservância), afinal, o contraditório é princípio institutivo do processo constitucionalizado.

Sintetizando as ideias acima perfiladas sobre o contraditório, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias pontofinaliza:

Técnica e cientificamente, em concepção atual, o contraditório deve ser compreendido como garantia constitucional de participação efetiva das partes no desenvolvimento do processo em suas fases lógicas e atos, a fim de que, em igualdade de condições, possam influenciar o juiz no julgamento das questões de fato e de direito que surjam discutidas ao longo de todo o itinerário procedimental, relevantes à solução decisória almejada. Portanto, nessa perspectiva, no Estado Democrático de Direito, o contraditório se mostra de extrema relevância, pois vem a ser, no processo, a concretização

do princípio político de participação democrática das partes na solução de quaisquer questões e problemas que lhes afligem e interessam, perante o Estado. Sem dúvida, no processo, o juiz não é um contraditor, não existindo livro ou doutrina que diga o contrário. Todavia, deve o juiz observar e fazer observar a garantia constitucional (fundamental) do contraditório, pela qual é assegurada a concretização do princípio político da participação das partes no processo, propiciando-lhes todas as possibilidades de eficazmente influenciarem na construção do pronunciamento decisório que ali será proferido (Dias, 2017, p. 6).

O contraditório não pode ser mais visto numa acepção formalista de informação e reação (bilateralidade). Ele se expandiu, e muito, atingindo o nível de exigir participação e influência na decisão judicial. O contraditório, codependente de outros princípios, de fato, estrutura o processo na vigência do paradigma do Estado Democrático de Direito.

2.3.2.2 Fundamentação da decisão judicial

Como já antecipado, a relação entre contraditório e fundamentação da decisão judicial é estreita. Tanto que Flaviane de Magalhães Barros aborda essa codependência entre contraditório e fundamentação – simbiose, aliás, que ocorre entre princípios que compõem a base principiológica do processo constitucionalizado (ou modelo constitucional):

Desta feita, é fácil compreender a codependência do contraditório com a necessidade da fundamentação das decisões e suas implicações para a proposta de compreensão de uma teoria geral do processo (BARROS, 2006), vista a partir de um modelo constitucional de processo. Pois, ao se exigir que a construção da decisão respeite o contraditório e a fundamentação, não mais se permite que o provimento seja um ato isolado de inteligência do terceiro imparcial, o juiz na perspectiva do processo jurisdicional. A relação entre esses princípios é vista, ao contrário, em sentido de se garantir argumentativamente a aplicação das normas jurídicas para que a decisão seja produto de um esforço reconstrutivo do caso concreto pelas partes afetadas. Fazendo uma pequena paródia, o contraditório não permite que o juiz, no processo jurisdicional, retire um coelho da cartola, como se fosse um mágico. Ou seja, a decisão não é produto somente do juiz, mas do esforço argumentativo das partes, pois o contraditório é princípio da influência e da não surpresa (Barros, 2010, p. 360).

Distinção importante a ser feita está na fundamentação e motivação das decisões judiciais, tidas equivocadamente como sinônimos.

2.3.2.2.1 Motivação x fundamentação

Carlos Aurélio Mota de Souza, tratando sobre especificamente sobre fundamentação e motivação da decisão judicial, apresenta que ‘motivo’, do latim *motivum*, é causa ou razão de algo, sendo que motivação, pelo juiz, é a explanação ou justificação da decisão. Já fundamento, do latim *fundamentum*, é base, ou razão que funda uma tese. Nesse passo, a fundamentação, pelo juiz, seria o argumento relevante (Souza, 2006, p. 360).

Ocorre que, para Carlos Aurélio Mota de Souza, a distinção entre motivar e fundamentar é que, na primeira, o juiz aprecia questões de fato e direito tratadas na demanda, e na segunda, o juiz, com base nas resoluções das questões de fato e de direito, resolve o pedido (Souza, 2006).

Essa diferenciação, salvo melhor juízo, não consegue distanciar o ‘motivar’ do ‘fundamentar’, pois o critério não é nada dialógico, mas sim do próprio magistrado, engendrando uma distinção acanhada no que toca ao potencial da fundamentação, prevista no art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nunes, Bahia e Pedron, tendo por base o processo constitucionalizado e suas características de expansividade e perfectibilidade, suscitam que não mais se pode reduzir fundamentação à motivação:

“[...] a motivação seria o apontamento pelo juiz dos elementos que ele – de modo individual e solitário – considerou mais relevantes no caso e que fizeram que ele tomasse tal decisão em determinado sentido – e não em outro. (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 536).

Reforçando a diferença entre motivar e fundamentar, José Emílio Medauar Ommati assevera:

[...] a fundamentação deve explicar as razões pelas quais o judiciário aceita ou rejeita determinada interpretação e compreensão do e sobre o Direito estabelecida pelo cidadão. A fundamentação não serve para estabelecer o que determinado juiz, desembargador ou ministro acha sobre o direito. Isso é motivação, algo irrelevante para o direito democrático. A fundamentação tem como objetivo fixar a decisão juridicamente correta e, portanto, prescinde das posições pessoais dos magistrados. Da mesma forma, a partir da constitucionalização do Direito fundamental à fundamentação, não se pode mais falar em livre convicção motivada ou em decidir conforme a própria consciência como muitos juízes e doutrinadores ainda teimam a fazer (Ommati *apud* Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 536).

Fundamentar, portanto, está atrelado ao debate com as partes, algo que Flaviane de Magalhães Barros há tempos defendia quando tratava da codependência dos princípios que formam a base principiológica do processo constitucional, sobretudo o contraditório e fundamentação das decisões, valendo acrescentar, um tanto mais que:

"[...] a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório, visto que a participação dos afetados na construção provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão (Barros, 2010, p. 360).

Nos parece que foram dados, com a edição do CPC de 2015, passos importantes rumo à fundamentação da decisão, algo que se percebe pelos critérios do art. 489, §1º da nova codificação, que indicam as hipóteses segundo as quais, objetivamente, não se deve considerar fundamentada a decisão judicial.

Contudo, cumpre observar que, não obstante a constitucionalização do processo, ainda sopram ventos fortes que insistem em conceber esse importante aspecto da decisão judicial ainda no plano da motivação solipsista do juiz, tal como se percebe na ausência de vício de fundamentação quando a decisão judicial encontra um fundamento jurídico para se sustentar e não se apresenta necessário refutar as teses relevantes das partes²⁸.

2.3.2.3 Terceiro imparcial

De nada adiantaria o modelo constitucional do processo se o juiz não se adequar ao modelo típico do Estado Democrático de Direito.

Flaviane de Magalhães Barros (Barros, 2010), que se dedicou a conjecturar novas ideias para a imparcialidade no Estado Democrático de Direito, trouxe um panorama histórico da imparcialidade nos paradigmas predecessores, isto é, no Estado Liberal e Estado Social – ou, como adotado nesta pesquisa, no liberalismo processual e socialização processual.

²⁸ "(...) A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte (...)" (Brasil, 2023a).

No liberalismo processual, a ideia de imparcialidade do juiz era atrelada a neutralidade, a qual era obtida pela vinculação do juiz à lei:

No liberalismo processual, a imparcialidade garantia a igualdade das partes, iguais possibilidades formais de atuação processual. Como decorrência do próprio princípio dispositivo, que exigia a provocação da parte para apreciação do pedido pelo juiz. Assim, com um juiz imparcial, entendido como aquele que não tem interesse direto na causa, permitia-se decisões distantes da justiça de Gabinete, influenciada pelos interesses do Estado-Administração e dos antigos soberanos. Presume-se pela imparcialidade própria do liberalismo, uma aparente neutralidade do juiz, que se submete à lei e atua realizando a função substitutiva da Jurisdição (COUTINHO, 2001, p. 44). Para a sua imparcialidade deve-se garantir sua independência, vinculando o juiz apenas à lei, como está inclusive estabelecido em textos constitucionais, a exemplo da Constituição italiana (Barros, 2010, p. 362).

Já na socialização processual, a imparcialidade era entendida como falta de interesse do juiz pela causa, porém descambava para um juiz que não poderia ser indiferente e, assim, acabava se tornando um verdadeiro conformador da sociedade:

[...] no socialismo processual, mesmo mantendo-se a ideia de um juiz que não tenha interesse na causa, que seja subjetivamente capaz, como definido por Cintra, Dinamarco e Grinover (2007, p. 58), ela significará uma licença para o juiz realizar a paz social, escopo do processo. Como ressalta Dinamarco (1998, p. 196) exige-se do juiz moderno a imparcialidade no sentido de respeito à igualdade das partes, de "recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas". Mas não se admite a indiferença do juiz²⁹. [...] Tal posição deve ser aclarada, vez que o papel pretendido para o juiz no Estado Social é de conformador da sociedade, que em sua decisão inclui aspirações da própria sociedade. Qual sociedade é esta, quais são as aspirações dessa sociedade? Como o juiz em uma sociedade plural e multicultural, irá definir as escolhas axiológicas, valoradas como justa, para um determinado caso. O risco é justamente permitir ao juiz uma discricionariedade desmedida (Barros, 2010, p. 363).

Justamente por essas perguntas sem respostas e também pelo risco do agir discricionário, Flaviane de Magalhães Barros apresenta uma releitura da imparcialidade, que não mais pode se basear nessa abertura da subjetividade do juiz para integrar decisões, calcada em premissas de que ele é um pacificador e

²⁹ Nesse ponto da inadmissibilidade da indiferença do Juiz, Flaviane de Magalhães Barros cita a obra de Candido Rangel Dinamarco que muito se assemelha com a figura do juiz arauto do povo, defendida por Menger e Klein. Vide a passagem: *"Examinar as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo, eis a grande tarefa do juiz, ao sentenciar. Entram aí as convicções sociopolíticas do juiz, que hão de refletir as aspirações da própria sociedade; o juiz indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagero liberalismo exegético tende a ser injusto (DINAMARCO, 1998, p. 196)"* (Barros, 2010, p. 363).

distribuidor de justiça social. No Estado Democrático de Direito o juiz tem que ser um terceiro imparcial para tomada de decisões (Barros, 2010, p. 362).

Evidentemente, como já pontuado por Barbosa Moreira, “o juiz não se limita a ‘uma postura de estátua’ (Barbosa Moreira *apud* Leal, 2015, p. 258).

Essa ressalva é bem trabalhada por Flaviane de Magalhães Barros, para a qual o terceiro imparcial da base do modelo constitucional de processo não concebe o juiz como um sujeito passivo do conhecimento. Ele tem convicções, visões de mundo. Contudo, essa subjetividade pode ser afastada no momento de decidir se efetivados forem os princípios-base do modelo constitucional do processo:

Mais uma importante advertência, imparcialidade não significa a neutralidade do juiz, pois o juiz não é "mero sujeito passivo do conhecimento (COUTINHO, 2001). O juiz como sujeito que é, faz suas escolhas e tem as suas próprias compreensões de vida, posicionando-se subjetivamente sobre os fatos da vida. [...] Na verdade, no paradigma do Estado Democrático de Direito que se pauta em uma sociedade plural e multicultural, somente impede-se o subjetivismo do juiz quando se limita a fundamentação da decisão aos argumentos jurídicos submetidos ao contraditório, não permitindo que suas posições sobre a vida possam influir em seu julgamento. Assim, se a fundamentação se pauta na argumentação e no contraditório entre as partes permite-se, que escolhas pessoais do juiz não sejam a base para a decisão. Demonstra-se, portanto, como os princípios bases do modelo constitucional são codependentes. [...] Não se pretende retirar do juiz sua subjetividade, mas sim que, na tarefa de julgar, seja equidistante das partes, que não julgue mais de uma vez o mesmo caso, que não analise e fundamente sua decisão com base em argumentos axiológicos, como os escopos metajurídicos. Por isto, a compreensão da imparcialidade não pode se afastar da codependência com os princípios do contraditório, ampla argumentação e fundamentação da decisão (Barros, 2010, p. 365-366).

Assim como os demais princípios da base principiológica do processo constitucionalizado, o terceiro imparcial (ou imparcialidade na democratização processual) é de suma relevância para o estudo do *iura novit curia*, na medida em que evita um agir discricionário camuflado pelos escopos ‘metajurídicos’ do processo.

A decisão deve ser construída com as partes e não imposta, ainda que o juiz conheça profundamente o direito.

2.3.2.4 Isonomia

De acordo com Rosemiro Pereira Leal, a isonomia como referente lógico jurídico do processo que é, tem como função estabelecer uma igualdade temporal no dizer e contradizer, assegurando às partes a estrutura procedimental adequada para

exercício e implementação de direitos. O referido jurista critica a noção da isonomia atrelada ao tratamento das partes, sobretudo a tautológica frase de tratar de forma igual os iguais e de maneira desigual os desiguais, porquanto isto poderia basear a isonomia como criadora de conteúdos diferenciados com base em disparidade entre as partes, e não é nesse aspecto que a isonomia deve ser concebida (Leal, 2015, p. 155).

Em sentido semelhante, Leonardo Carneiro da Cunha assevera que, "*as partes devem dispor da possibilidade expor suas versões, apresentar suas defesas e participar, enfim, do processo em idênticas oportunidades*" (Cunha, 2012, p. 7).

Essa noção nos parece interessante, tendo em vista que, de fato, limitar a investigação e utilizar populares definições sobre a isonomia como tratamento diferenciado quando desiguais estão litigando não se leva em conta as possíveis implicações do uso de critérios exclusivos ao julgador ou discricionariedades em nome de um agir isonômico.

Na busca dessa isonomia parece existir uma condição de tratamento não isonômico que atenta contra o núcleo do princípio que é de estabelecer uma igualdade temporal de dizer e contradizer, estruturando o processo.

A isonomia nos atuais estudos da Escola Mineira de Processo possibilita uma inserção da parte na construção da decisão. Em interessante exposição, Leonardo Campos Victor Dutra metaforiza o clássico livro de Kafka, 'O Processo', e baseado nos estudos de Rosemiro Pereira Leal, apresenta as novas facetas da isonomia:

(...) a Isonomia não pode ser trabalhada como simples 'igualdade perante a lei', uma vez que se correria o risco de se cair na metáfora Kafkaniana na narrativa do 'perante a lei' no livro 'O Processo' em que o camponês passa toda a sua vida perante a porta aberta da lei sem poder nela entrar. Assim, apresenta-se – para alcance da isonomia – a isomenia (direito igual de interpretação), a isotopia (direito igual de conhecimento da língua) e a isocrítica (direito igual de apontamento de aporias de determinado discurso) (Dutra, 2011, p. 39).

A isonomia, pois, tem o desiderato de propiciar igualdade de condições temporais e de argumentação para o exercício de direitos, a fim de influir na decisão a ser construída.

2.3.2.5 Ampla Defesa

A ampla defesa, nos dizeres de Rosemiro Pereira Leal, é coextensa ao contraditório e isonomia, pois a ampla defesa atua dentro dos limites temporais e não supõe infinitude da defesa. Ela tem de ser ampla em termos de cognição, assegurando o tempo com pressuposição do exaurimento da oportunidade de articulações de direito e produção de prova. Por isso que movimentos de sumarização de cognição conflitam com a ampla defesa, tendo em vista que mutilam este princípio institutivo do processo (Leal, 2015, p. 156).

Ressalva a se fazer, consoante estudos de Flaviane de Magalhães Barros, é de que a ampla defesa não pode ser confundida como direito do réu, como que num paralelismo de que o direito de ação é do autor e, assim, o direito de defesa é do réu, premissa esta comungada pelo instrumentalismo processual:

[...] é criticável também a compreensão no processo jurisdicional do direito de defesa como paralelo ao direito de ação, e intimamente ligado ao contraditório. [...] Se desse direito de ação, entendido como direito de provocar uma demanda, surge um correlato direito de defesa para a parte ré, fica latente que a denominada "exceção" ou "defesa do réu" é, na teoria da relação jurídica, mais limitada que o direito de ação, já que é compreendida como a possibilidade de reação pela alegação e comprovação de um direito extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor, como criticado por FAZZALARI (FAZZALARI, 1992, p. 422). Pois, na concepção fazzalariana, o direito de ação é de todos os afetados, por isso é entendido como legitimação ao provimento ou direito ao processo constitucionalmente garantido (Barros, 2010, p. 361).

Dissipada a tormentosa sinonímia entre ampla defesa e direito de defesa (exceção) do réu, Flaviane de Magalhães Barros coaduna com o que já foi exposto por Rosemiro Pereira Leal logo acima, no sentido de que a ampla defesa pressupõe um adequado tempo no processo, e acrescenta que a ampla defesa, denominada por ela como *ampla argumentação*, auxilia na reconstrução de uma situação pelas partes, de forma ampla, possibilitando exaurimento de normas jurídicas, *a priori*, aplicáveis, e dela, ampla defesa, decorrem direitos coextensos, como direito ao advogado, direito à produção de provas:

A ampla argumentação como garantia das partes, e não como um direito subjetivo de "uma" parte, compreende a necessidade de se garantir o tempo do processo para que o esforço reconstutivo dos argumentos do discurso dialético das partes possa ser apropriado, de modo que todas as possibilidades de argumentação sejam perquiridas. [...] Na perspectiva do processo jurisdicional, da ampla argumentação decorre o direito à prova, à assistência de um advogado, à necessidade de se garantir que as partes possam ter o tempo processual para reconstruir o caso concreto e discutir

quais normas jurídicas *prima facie* aplicáveis são mais adequadas ao caso concreto (Barros, 2010, p. 361).

Além do tratado acima, cabe enfatizar que não há como conceber o pleno exercício da ampla defesa sem garantia de que ela se desenvolva de forma técnica. Por isso, em nosso entendimento, acertada a proposição de Leonardo Campos Victor Dutra, para o qual para ampla defesa pressuporia assistência do advogado:

Defesa ampla, antes de tudo, pressupõe defesa técnica, ou seja, defesa produzida por profissional habilitado para tanto, nos termos do art. 133 da Constituição. Afinal, não cremos ser possível que um cidadão comum, sem qualquer intimidade com a ciência ou a técnica do direito, possa defender-se apenas com a fala natural (textos mentalmente acumulados), com os argumentos retóricos reunidos durante sua vida. O direito é ciência, com linguagem e procedimentos singulares, que somente um profissional preparado durante anos é capaz de dominar e utilizar. Daí a importância do advogado na defesa do cliente (defesa técnica), pois somente este profissional, em razão da parcialidade inerente à defesa, é apto a produzir os melhores argumentos e manifestar-se com propriedade, segundo os interesses do cidadão patrocinado (Dutra, 2011, p. 38).

A ampla defesa, assim, exige tempo, meios para preparar/exercer a defesa de um direito, sobretudo técnica.

2.4 Da ação e jurisdição no processo constitucionalizado

Apresentado o processo constitucionalizado, institutos afetos ao direito processual, tais como a ação e a jurisdição, devem se compatibilizar com aquele que rege a implementação de direitos fundamentais: o processo.

2.4.1 Ação como direito público, subjetivo, autônomo e abstrato

A obra de Vicente de Paula Maciel Jr. (2006) por sua profundidade e clareza pode ser considerada um marco para o estudo do instituto da ação e as implicações do direito subjetivo e objetivo que tanto nutriram os debates doutrinários e fomentaram a evolução do instituto.

Para o breve estudo da ação, adotaremos o recorte do instituto a partir de Savigny, como costumeiramente feito em digressões a respeito do tema.

Pois bem. Como bem explica Vicente de Paula Maciel Jr., Savigny desenvolveu seu pensamento para fundir direito subjetivo e direito objetivo quando desenvolveu a

teoria do direito de ação, construída a partir da violação do direito. Quer dizer, violado o direito, nasceria para o ofendido o direito de agir e buscar uma reparação. Era o próprio direito violado que se transformaria e entraria em estado de defesa, gerando o direito de ação. Assim, Savigny enraizou o direito de ação no direito subjetivo, logo, direito privado, retirando este do processo, do direito público³⁰ (Maciel Júnior, 2006, p. 81).

Rosemiro Pereira Leal trata dessa teorização de Savigny como teoria imanentista, porque direito material e ação eram geminados. Em outro dizer, imanente ao direito está a ação (Leal, 2015, p. 200).

Acaba que essa imanência bebe da fonte do direito romano.

Sobre isso, tem-se o estudo de José Marcos Rodrigues Vieira. O referido autor explica que, no período da *legis actiones*, eram tantas ações quantos direitos fossem previstos. Ainda de acordo com aludido autor, naquele período, para os romanos influenciados, por sua vez, por Aristóteles, ser é, senão, a própria coisa, de modo que, matéria e forma, indissociáveis e interdependentes ao ponto de uma não existir sem a outra, redundavam que o direito privado e a ação (*actio*) eram um só direito, consubstanciando a *actio* romana uma derivação e também potência da relação jurídica do direito material que facultava ao cidadão romano a possibilidade de submeter ao magistrado uma pretensão de defesa de seu direito (criado pela lei) como uma solução da própria lei que o instituiu, tanto que no direito romano eram tantas ‘*actiones*’ quantas as relações jurídicas materiais existentes (Vieira, 2002, p. 2-5).

Feita tal brevíssima consideração, voltando às exposições de Vicente de Paula Maciel Jr., no momento de um indivíduo no centro da ordem jurídica (e por consequência os direitos subjetivos), a ação era ‘condicionada’, tendo em vista que ela, em verdade, “*nada mais era do que uma transformação, uma reação do próprio direito que, violado, reivindica e se põe em luta para auto afirmar-se*” (Maciel Júnior, 2006, p. 83).

³⁰ Conforme salienta Vicente de Paula Maciel Jr., com base em Orestano: “*Savigny apresenta uma classificação dos direitos na qual o direito político (ou público) seria composto do direito processual civil, do direito penal e do processo penal e representariam a manifestação orgânica do povo. Esses direitos se destinariam à defesa da ordem jurídica. Mas especificamente o processo teria uma tal ligação com os direitos privados que uma distinção completa seria impossível. (ORESTANO, 1978, p. 33) Os direitos privados seriam para Savigny o conjunto de relações que tratam da vida dos indivíduos. O seu objetivo é apenas tratar do sistema dos direitos, o direito privado material, com exclusão expressa do processo que seria mera forma fazer valer o direito. (ORESTANO, 1978, p. 33)*” (Maciel Jr., 2006, p. 81).

No decorrer da era moderna do direito, foi com Windscheid que se tomou passos decisivos para uma autonomia do direito de ação. Para Windscheid, a ação seria *"a faculdade de impor a própria vontade através da via judiciária e ela não é derivada do direito, mas original e autônoma em relação a ela"* (Windscheid *apud* Maciel Júnior, 2006, p. 83).

Ponto fulcral da ação em Windscheid e os pensadores posteriores, tal como Adolf Wach, está na pretensão. Vitor Salino de Moura Eça especifica que Wach – que homenageou Windscheid – forçava a distinção de pretensão material e pretensão processual:

“[...] Tal fato [distinção entre pretensões] ocorreu pela necessidade de se considerar que também se tinha contra o Estado uma exigência de tutela de direitos, distinta daquela exigência se faria valer contra o devedor. Deste modo, se o conceito da pretensão estava adstrito ao §194, I, do Código Civil alemão, que consagrava como direito de exigir de outro uma ação ou uma omissão, no direito processual teria ela um sentido diferente: significaria toda a exigência feita numa demanda. De maneira que ela teria natureza pública e não seria uma emanção ou expressão do direito privado (Eça, 2008, p. 31-30).

Importa frisar, também, que Windscheid, que inspirou Wach, teria sido o primeiro jurista a expressamente tratar sobre pretensão³¹, e a entendia como imposição de vontade surgida da violação de um direito. Esse conceito da pretensão continuou sendo desenvolvido na Itália, chegando a Carneluti, que vindicou a pretensão como subordinação do interesse alheio ao interesse próprio, e quando não se chega na subordinação haveria uma pretensão resistida (discutida), logo, lide (Dias, 2015, p. 98-99).

Acresce Rosemiro Pereira Leal que Windscheid e Muther consagraram a ação como direito à jurisdição, logo, a ação era concebida apartada do direito material alegado como violado por uma parte (Leal, 2015, p. 215).

Convém frisar que, nesse período das teorizações de Windscheid e Muther, a ação foi muito estudada por diversos juristas de países diferentes. Vicente de Paula Maciel Jr., que exauriu o levantamento histórico da ação³², tratou das posições

³¹ Vitor Salino de Moura Eça salienta que a origem conceitual se deve ao pensamento da doutrina alemã, mas historicamente, não se pode deixar de levar em consideração a *actio* romana, tratada muito bem por José Marcos Rodrigues Vieira (Eça, 2008, p. 31).

³² Sugerimos a leitura da obra de Vicente de Paula Maciel Jr. (Maciel Júnior, 2006, p. 84-89), que de forma aprofundada e sistemática, discorre com as posições de históricos juristas do direito, sobretudo processual, a respeito da ação.

doutrinárias a respeito de seu surgimento; sentido ou direção; conteúdo; e natureza (Maciel Júnior, 2006, p. 84-89).

Em que pese de Windescheid e Muther em diante os juristas terem comungado da ideia da autonomia do direito de ação, como bem observado por Vicente de Paula Maciel Jr., havia uma discussão em torno do resultado do processo e qual a influência para o direito de ação. Quer dizer, haveria ação somente quando o pedido do autor fosse julgado procedente? Assim, surgiram teorias que advogavam pelo direito autônomo e concreto, ou seja, a ação como direito de obter uma decisão favorável, pertencendo apenas a quem tenha razão no direito substancial (destacando Wach, Chiovenda, Calamandrei). E ação como direito autônomo e abstrato, ou seja, independeria da existência da situação jurídica afirmada pelo autor (destacando Degenkolb, Gierke, Plóz, Büllow) (Maciel Júnior, 2006, p. 90-91).

A passagem do direito subjetivo protagonista da ordem jurídica para o direito objetivo é decisiva para a ação e sua autonomização e abstração, devido ao fato de que o direito subjetivo como fundamento do direito público enfraquece, sendo a norma e o ordenamento (direito objetivo) que promovem uma reconstrução da unidade do direito (Maciel Júnior, 2006, p. 93).

Hodiernamente, passado todo esse esforço histórico, Vitor Salino de Moura Eça apresenta muito bem as características do direito de ação:

A ação é, pois, um direito público, subjetivo, autônomo e abstrato. Ele é público porque está disponível para a sociedade - inexistente necessidade de aquisição; subjetivo porque cada pessoa decide sobre a conveniência e a época de usá-lo; autônomo porque não depende de qualquer outro para sua viabilização; e, por fim, abstrato pois pode ser deduzido ainda que inexistente o direito material objeto da pretensão (Eça, 2019, p. 93).

Acrescentamos que, com a mudança de um Estado Liberal para um Estado Social, no campo do processo influenciado pela socialização processual, haveria uma supremacia do Estado, e, por conseguinte, seria o direito objetivo a 'dar as cartas do jogo', implicando que a ação serviria justamente para provocar uma atuação do Estado, mediante a jurisdição, a qual subsumiria os fatos discutidos pelas partes ao ordenamento que o juiz conhece, e, assim, extrairia o fundamento jurídico a se aplicar ao caso concreto encerrando o conflito, algo que se viu em Chiovenda e também Carnelutti, guardadas, obviamente, as diferenciações teóricas entre eles.

Portanto, embora a jurisdição atue na resolução de conflitos, este fim não pode justificar seus meios e solapar o processo constitucionalizado que a orienta³³. As partes também, na medida de suas atribuições no processo, concorrem e influem decisivamente na decisão judicial. Elas devem ser ouvidas e consideradas antes de decidir, assim como determina o princípio do contraditório.

Contudo, essa autonomia e abstração da ação que, no fundo, estaria implicando na ação um *start* da jurisdição que utilizaria do processo como um instrumento, na contemporaneidade nos parece que deve ir além.

É certo que a ação como um direito público, subjetivo, autônomo e abstrato, tem o condão de mover a jurisdição, como frisado por Rosemiro Pereira Leal (Leal, 2015, p. 201-202) e Vitor Salino de Moura Eça (Eça, 2019, p. 93). Mas, é adequado, também, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que a ação seja um direito fundamental que assegure a fruição de outros direitos fundamentais e instauração da jurisdição inclusive com faceta contramajoritária para garantir às minorias direito de serem ouvidas e influírem nas decisões a serem tomadas (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 321).

Daí que de todo necessário refletir sobre a jurisdição, o que se fará a seguir.

2.4.2 Jurisdição no processo constitucionalizado

Tal como o instituto da ação, a jurisdição precisa ser pensada e estruturada de forma consentânea ao processo constitucionalizado, sob pena de importante instituto para o desenvolvimento do processo tornar inócuo os avanços processuais científicos dos últimos anos.

Demonstrando essa preocupação, Thiago Henrique Torres, que se dedicou ao estudo do conceito de jurisdição, denunciou que ainda hoje, pós-88 e pós-CPC/15 (marcos temporais brasileiros da constitucionalização do processo), a jurisdição continua sendo vista conforme a conceituação clássica italiana, que por sua vez,

³³ Valioso citar o ensinamento de Aroldo Plínio Gonçalves, para o qual: “O *Direito processual, como ramo autônomo do conhecimento jurídico, desenvolve sua investigação sobre a norma que ordena e disciplina a jurisdição, a norma que regula o exercício do Poder Jurisdicional e, por isso, não é raro que se diga que seu objeto é a norma que disciplina o processo. A jurisdição, entretanto, é organizada para que o Estado, através dos órgãos jurisdicionais, se manifeste em situações que envolvem conflitos litigiosos e em situações em que, havendo ou não divergências, encontra-se ausente o conflito*” (Gonçalves, 1992, p. 55).

servia ao ideal socializante da época – ou seja, a socialização processual, já tratada anteriormente:

[...] mesmo após a promulgação da CR/1988 e da vigência do CPC/2015, no caso brasileiro, e de importantes avanços obtidos no campo do direito processual e do constitucionalismo, a nível mundial, o conceito de jurisdição ainda parece estar centrado em enunciações elaboradas na virada do século XIX para o século XX. Esta afirmação deriva da análise feita acerca do momento em que foram elaborados e estabelecidos os conceitos pelos juristas italianos estudados no item 2.1, notadamente Chiovenda³⁴ e Carnelutti³⁵, acrescidos da influência sentida das análises promovidas por Allorio³⁶ e Liebman³⁷, este último com grande influência sobre a doutrina brasileira. Não por acaso, as conceituações apresentadas pela importante gama de processualistas brasileiros estudada ainda demonstram influência decisiva e direta das construções teóricas italianas clássicas, e, conseqüentemente, do próprio paradigma socializador que lhes é afeta. [...] reafirma-se que a construção dos conceitos de jurisdição pela processualística clássica italiana atendia direta e especificamente à realidade existente à época de sua elaboração, de modo que a simples reprodução, muitas vezes acrítica, em desconformidade com as alterações paradigmáticas e ainda ilhada na visão solitária de um pensador, faz com que a leitura de importantes institutos se mostre totalmente defasada (grifo nosso, Torres, 2021, p. 175).

Extraí-se dessa visão de jurisdição que protagoniza a figura do juiz, o *iura novit curia* que acaba se tornando um corolário do ideal socializante da jurisdição (que enxerga o processo como instrumento para pacificação social), pois relega a participação das partes ao aspecto preponderantemente de reconstrução fática, como que para entregar ao juiz o cenário factual, a fim de que o magistrado buscando resolver o conflito, encontre e aplique o direito de forma que entender adequado,

³⁴ Thiago Henrique Torres apresenta que para Chiovenda seria a jurisdição “*função do Estado que tem por escopo a vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva*” (Torres, 2021, p. 24).

³⁵ Já sobre Carnelutti, Thiago Henrique Torres assevera que “(...) atribui-se à jurisdição a competência de promover a justa composição da lide por meio da aptidão inata àquele com poder de solucionar os conflitos, o juiz. Essa justa composição da lide seria a utilização, pelo juiz, de sua capacidade criativa para a identificação de uma norma abstrata para aplicação no caso concreto, tornando a sentença uma norma concreta” (Torres, 2021, p. 34).

³⁶ Em Allorio, consoante explica Thiago Henrique Torres, aquele jurista italiano “(...) creditava à coisa julgada o fundamento e principal razão de ser da jurisdição. Deste modo o autor institui à jurisdição, como aptidão exclusiva, a capacidade de produzir coisa julgada, independente do administrador igualmente promover a aplicação da lei em sua atividade” (Torres, 2021, p. 46).

³⁷ Quanto a Liebman, Thiago Henrique Torres destaca que seu conceito de jurisdição é o seguinte: “(...) um ramo do direito destinado precisamente à tarefa de garantir a eficácia prática e efetiva do ordenamento jurídico, instituindo órgãos públicos com a incumbência de atuar essa garantia e disciplinando as modalidades e formas de sua atividade. Esses são os órgãos judiciais e a sua atividade chama-se, desde tempos imemoriais, jurisdição (*iurisdictio*); as pessoas que exercem a jurisdição chamam-se juizes e formam, no seu conjunto, a Magistratura; sua atividade desenvolve-se em direção dupla, através da cognição (*giudizio*) e da execução forçada” (Torres, 2021, p. 57).

proferindo decisões sem uma dialogicidade prévia, que substituirão a vontade das partes que não se entenderam e precisaram recorrer ao judiciário.

Contudo, na contemporaneidade, a jurisdição é direito fundamental, exercida sob a regência do processo constitucionalizado:

O processo, ao contrário da jurisdição, define-se hoje em garantias principiológicas pela reserva legal de direitos antecipadamente assegurados nas leis fundamentais (constituições). A jurisdição, como atividade monopolística de o Estado reconhecer o direito (art. 5º, XXXV, da CF/1988), não traz em seu arcabouço garantias pela figura do juiz (ainda que íntegro, sapiente e culto) de criação do direito ou de “*asegurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos*”, como ensinou Couture, porque a jurisdição (judicação), por si mesma, não pressupõe critério, de julgar ou proceder, mas atividade de decidir subordinada ao dever de fazê-lo segundo os princípios fundamentais do processo. [...] a atividade jurisdicional não é mais um comportamento pessoal e idiossincrático do juiz, mas uma estrutura procedimentalizadora de atos jurídicos sequenciais a que se obriga o órgão judicial pelo controle que lhe impõe a norma processual legitimando-o ao processo (grifo nosso, Leal, 2015, p. 48-49).

Numa crítica precisa, Rosemiro Pereira Leal pontua que a jurisdição não mais pode ser concebida pela exclusiva atividade do juiz sem qualquer ligação com a parte:

A jurisdição não é a atividade jurídico resolutive e pessoal do juiz ou dos agentes do Estado, mas o próprio conteúdo da lei conduzido por aqueles agentes indicados na lei democrática. Tanto a parte como o juiz exercem, nos procedimentos, jurisdição, guardadas as características de suas atuações legais de articulador (parte) e aplicador-julgador (juiz), sendo que ambos são figurantes da estrutura procedimental que é o espaço democrático sempre aberto (direito de petição) de instalação estrutural do contraditório, isonomia e ampla defesa como direitos coinstitucionalmente fundados em nome do processo institucional de discussão, afirmação e produção jurídica permanente (Leal, 2015, p. 95).

Desanuvia, assim, como bem resumem Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Vitor Salino de Moura Eça, a conotação democrática do instituto da jurisdição:

[...] no Estado Democrático de Direito, a jurisdição é direito fundamental das pessoas naturais e jurídicas, sejam estas de direito público ou de direito privado, porque positivado ou expreso no texto da Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso XXXV). Exatamente por isso, se é direito fundamental do povo, em contrapartida, é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da própria Constituição, somente possível de ser exercida sob petição daquele que a invoca (direito de ação) e mediante a indispensável garantia fundamental do devido processo constitucional (artigo 5º, incisos LIII, LIV e LV) (Dias, 2015, p. 94-95).

Segundo nossa matriz constitucional e o estado da arte da ciência processual, a construção do provimento precisa observar atentamente os valores e as regras constitucionais de modo a que o magistrado possa

construir o provimento, coadjuvado pelas partes e por seus patronos. Os seus atos estão sujeitos à validação e à fiscalidade permanentes. A atividade se materializa por meio do devido processo legal, com estrito respeito ao contraditório e concretização por meio de decisões fundamentadas e sujeitas ao duplo grau, consagrando, assim, o exercício democrático da jurisdição (Eça, 2019, p. 61).

Acontece que esse exercício da função jurisdicional sob o pano de fundo do Estado Democrático de Direito acaba propiciando uma melhoria: a *judicação*.

2.4.2.1 Judicação

Filiamos ao entendimento apresentado por Vitor Salino de Moura Eça que, com a sapiência peculiar, explica que no atual desenvolvimento da ciência processual, a jurisdição não mais se limita a dizer o direito. Ela exige algo mais abrangente, podendo ser ressemantizada como *judicação*, que pressupõe permissão para que atores envolvidos se insiram na construção do provimento por meio do processo:

Segundo nossa matriz constitucional e o estado da arte da ciência processual, a construção do provimento precisa observar atentamente os valores e as regras constitucionais de modo a que o magistrado possa construir o provimento, coadjuvado pelas partes e por seus patronos. Os seus atos estão sujeitos à validação e à fiscalidade permanente. A atividade se materializa por meio do devido processo legal, com estrito respeito ao contraditório e concretização por meio de decisões fundamentadas e sujeitas ao duplo grau, consagrando, assim, o exercício democrático da jurisdição. Sendo assim, a justiça como instituição democrática exige a aplicação do direito construído soberanamente pelo povo, diretamente ou por intermédio de seus representantes no Congresso Nacional, e atuados pelos magistrados integrantes do Poder Judiciário. E é esta jurisdição democrática que qualificamos como **judicação**, consubstanciada no ato de se exercer a jurisdição segundo os valores democraticamente estabelecidos. Não basta que haja lei, e que os juízes estejam a serviço do povo, é preciso que as instituições públicas garantam o exercício jurisdicional comprometido com a cidadania plena. O direito processual se afirma como concreto garantidor do Estado Democrático de Direito. Logo, assume a responsabilidade e a fundamentalidade normativa. E nessa ordem de ideias, jamais poderemos deixar de considerar que a atuação jurisdicional hígida pressupõe o exercício adequado da função do juiz, ou seja, o correto exercício da **judicação**. Isso significa que, ao magistrado cabe, a partir de agora, não mais simplesmente dizer o direito – jurisdição, mas sim a **judicação**, ou seja, atuar a jurisdição considerando a efetiva participação de todos os atores sociais envolvidos na construção do provimento, e a unidade sistêmica do direito material que está em exame (grifo nosso, Eça, 2019, p. 61).

É um dizer o direito em conjunto com os demais atores do processo que dá a tônica da democratização processual. O instituto da jurisdição deve se adequar, sob pena de total obsolescência e ilegitimidade.

Portanto, embora a jurisdição atue na resolução de conflitos, este fim não pode justificar seus meios e solapar o processo constitucionalizado que a orienta. As partes, na medida de suas atribuições no processo, também concorrem e influem decisivamente na decisão judicial. Elas devem ser ouvidas e consideradas antes de decidir, assim como determina o princípio do contraditório.

2.4.2.1.1 Acerca do solipsismo judicial

Bem ligado a temática da jurisdição está o solipsismo judicial, tal como já alertado por Rosemiro Pereira Leal:

A partir de Alcalá Zamora y Castillo, com sua teoria teleológica do processo, multiplicaram-se as convicções de que o processo, além de veículo de sujeição de uma parte à outra, é meio ou método e instrumento do poder jurisdicional do Estado nas mãos do juiz “com vistas ao objetivo de fazer justiça”. O processo seria, assim, o instrumento da subjetividade do juiz na pacificação dos conflitos, cumprindo objetivos sociais, políticos e jurídicos. Veja-se que, nessa linha teleológica, o termo justiça é usado na linguagem jurídica, na maioria dos autores, com significação equívoca, como também se encontra no texto de leis brasileiras e estrangeiras. Não se sabe se justiça é o Poder Judiciário, se é o resultado de um julgamento popularmente aplaudido, se um valor só perceptível pelo solipsismo da jurisdição (Leal, 2015, p. 256-257).

O termo solipsismo é de ampla utilização na filosofia, sendo entendido, de forma básica, consoante explicita Nicola Abbagnano, como *“tese de que só eu existo e de que todos os outros entes (homens e coisas) são apenas ideias minhas”* (Abbagnano, 2007, p. 918).

No campo do direito, o solipsismo, ou solipsismo judicial, de acordo com as denúncias feitas por Lenio Streck, tem forte defensiva doutrinária, que estabelece critérios, democraticamente excludentes, para a interpretação judicial:

Para além da operacionalidade *stricto sensu*, a doutrina indica o caminho para a interpretação, colocando a consciência ou a convicção pessoal como norteadores do juiz, perfectibilizando essa “metodologia” de vários modos. E isso “aparecerá” de várias maneiras, como na direta aposta na: a) interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio “sentença como *sentire*”; b) interpretação como fruto da subjetividade judicial; c) interpretação como produto da consciência do julgador; d) crença de que o juiz deve fazer a “ponderação de valores” a partir de seus “valores”; e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; f) crença de que “os casos difíceis se resolvem discricionariamente”; g) cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporciona(r)iam uma “abertura se sentido”

que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete (Streck, 2013, p. 16).

Dentre outros aspectos contributivos para a solipsismo judicial que percorrem os caminhos da filosofia, nos quais não ousaremos adentrar, percebe-se que a socialização processual forneceu enorme campo para esse agir solitário do juiz, na esteira do que foi asseverado por Lenio Streck:

Não se faz necessária uma análise mais aprofundada para perceber que parcela importante da doutrina – e falo aqui dos formadores de opinião no plano das práticas judiciais – sufraga teses pelas quais a interpretação (aplicação) do direito fica nitidamente dependente de um sujeito cognoscente, o julgador. Nesse sentido, é preciso ressaltar que essa questão vem de longe, na verdade, do século XIX. Desde então, há um problema filosófico-paradigmático que continua presente nos diversos ramos do direito passados dois séculos, mormente na problemática relacionada à jurisdição e o papel destinado ao juiz. Desde Oskar von Bülow – questão que também pode ser vista em Anton Menger e Franz Klein –, a relação publicística está lastreada na figura do juiz, “porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo”, com poderes para além da lei, tese que viabilizou, na sequência, a Escola do Direito Livre. Essa aposta solipsista está lastreada no paradigma racionalista-subjetivista que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida, na sequência, em Chiovenda, para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei; em Carnellutti, de cuja obra se depreende que a jurisdição é “prover”, “fazer o que seja necessário”; também em Couture, para o qual, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, chega a dizer que “o problema da escolha do juiz é, em definitivo, o problema da justiça”; em Liebman, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei. No Brasil, essa “delegação” da atribuição dos sentidos em favor do juiz atravessou o século XX (v.g., de Carlos Maximiliano a Paulo Dourado de Gusmão), sendo que tais questões estão presentes na concepção instrumentalista do processo, cujos defensores admitem a existência de escopos metajurídicos, estando permitido ao juiz realizar determinações jurídicas, mesmo que não contidas no direito legislado, com o que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da “boa escolha dos juízes” (sic) e, conseqüentemente, de seu – como assinalam alguns doutrinadores – “sadio protagonismo” [...]. No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco – que inaugurou com sua tese de Cátedra a corrente chamada Instrumentalidade do Processo, que influenciou e continua influenciando gerações de juristas – afirma, sem ressalvas, que o juiz é o canal privilegiado de captação dos valores sociais, devendo estes aparecerem assimilados na sentença. [...] Na sequência, Dinamarco faz uma verdadeira profissão de fé no solipsismo do juiz, *in verbis*: “entra aqui, outra vez, o que tem sido dito sobre a participação do juiz na revelação do direito do caso concreto. Ser sujeito à lei não significa ser preso ao rigor das palavras que os textos contêm, mas ao espírito do direito do seu tempo”. E complementa: “se o texto aparenta apontar para uma solução que não satisfaça ao seu sentimento de justiça, isso significa que provavelmente as palavras do texto ou foram mal-empregadas pelo legislador, ou o próprio texto, segundo a *mens legislatoris*, discrepa dos valores aceitos pela nação no tempo presente” (Streck, 2013, p. 18-19).

A tese defendida por Streck, como se percebe, vai ao encontro do que já havíamos tratado no tópico da socialização processual e a prevalência, naquele

período, do papel do Juiz que tinha o processo como um verdadeiro instrumento para o fim de conformar a sociedade.

Contudo, tal intento se dá segundo seu mundo ou sua consciência, que evidentemente não consegue abranger a própria sociedade na qual está vinculado.

Indo para o campo do direito processual, Dierle Nunes e Lúcio Delfino escancaram um solipsismo judicial que acaba se desenvolvendo ao arrepio do contraditório:

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 arrepio do contraditório. O juiz solipsista é o arquétipo do decisor que não se abre ao debate processual, aquele que se basta, encapsulado. Atua isoladamente, compromissado com a sua própria consciência, sem perceber as benesses que o espaço processual pode viabilizar em termos de legitimidade e eficiência (Nunes; Deflino, 2014, p. 2).

Somente com o aumento da importância do processo constitucionalizado é que se vai eliminar a judicatura solitária³⁸, ainda vinculada ao paradigma da filosofia da consciência (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 353).

Em reforço, é contra esse agir isolado que a democratização processual capitaneada pela constitucionalização do processo, a nosso modo de ver, se levanta para combater e, portanto, só reforça que é um marco teórico adequado para tratar do *iura novit curia* que pode representar uma forma solipsista de julgar.

2.5 Reflexos do processo constitucional na técnica processual

É considerando como ponto comum que técnica significa “*um conjunto de meios adequados para consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades*” (Gonçalves, 1992, p. 23). Ou seja, “*uma ordenação do proceder, no intuito de se atingir um resultado útil*” (Nunes; Cruz; Drummond, 2016, p. 115).

³⁸ Sobre a judicatura solitária, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira critica: “(...) ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. Ainda mais que o monólogo pouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado” (Oliveira, 2017, p. 63-64).

No campo do direito processual, consoante abalizado por Dierle Nunes, Clenderson Rodrigues da Cruz e Lucas Dias Costa Drummond, técnica processual é entendida como uma estrutura normativa dos atos processuais, delimitadora da atuação de todos os sujeitos processuais, na medida em que orienta o agir das partes e limita a subjetividade do aplicador do direito:

[...] a Técnica Processual foi concebida como alternativa aos critérios de aplicação do direito que passassem pela subjetividade e “inteligência individual” do julgador, substituindo os meios de aplicação da Justiça do tipo salomônico. Com isso, passaria a se considerar uma estrutura normativa que, de forma objetiva, possibilitaria aos membros da sociedade contarem com a mesma segurança em juízo, independentemente das características cognitivas pessoais do juiz (previsibilidade) especialmente quando se percebe a presença em julgamentos dos chamados vieses cognitivos (*cognitive biases*), deturpações de julgamento a que qualquer decisor está submetido por inúmeros fatores, como a incerteza ínsita ao julgamento e a exiguidade de tempo. [...] ressaltou-se no início desta seção que a técnica processual cumpriria um papel limitador da atividade jurisdicional e dos abusos das partes, uma vez que estabeleceria parâmetros objetivos que orientariam o julgador no exercício de suas funções assim como evitaria excessos cometidos pelas partes e advogados (boa-fé objetiva processual) (Nunes; Cruz; Drummond, 2016, p. 111, 115).

Para a explicação da técnica processual, os aludidos pesquisadores citam os estudos de Alois Troller e salientam que, para Troller, formalismo processual³⁹ cumpriria a função da técnica processual (Nunes; Cruz; Drummond, 2016, p. 111). E, aparentemente, há confluência, o que pode se perceber da obra de Troller, que busca,

³⁹ No Brasil, o estudo de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sobre Formalismo Processual é tido como obra clássica a respeito do tema. Segundo o autor, o “*formalismo, ou forma em sentido amplo, no entanto, mostra-se mais abrangente e mesmo indispensável, a implicar a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades, e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais*” (Oliveira, 1997, p. 6-7). Acontece que, como bem frisado por Dierle Nunes, Clenderson Rodrigues da Cruz e Lucas Dias Costa Drummond, em que pese a cultura e sapiência de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, este “(...) vislumbra no formalismo processual um caráter preponderantemente axiológico, permeado por valores culturais da sociedade, momento no qual apresenta sua tese do formalismo-valorativo” (Nunes; Cruz; Drummond, 2016, p. 114). Dizem ainda os referidos pesquisadores que, para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o traço distintivo do formalismo e da técnica processual revela-se pela existência de um caráter axiológico daquele, em face da neutralidade desta. Isto porque a técnica não se reportaria ao valor das suas finalidades, não valorando, igualmente, a licitude ou ilicitude destas, ao reverso do que ocorre no formalismo de caráter valorativo. Com efeito, Alvaro de Oliveira pondera que o formalismo “exatamente porque fenômeno cultural, informado por valores, não se confunde com a técnica, que é neutra a respeito da questão axiológica” (Nunes; Cruz; Drummond, 2016, p. 114). No presente trabalho, além do tratado sobre técnica processual, não se seguirá os estudos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, uma vez que o critério axiológico que designa o formalismo acaba, em nosso entendimento, indelmarcando o próprio formalismo.

por meio de prescrições formais, delimitar precisamente material fático e jurídico sobre o qual o juiz deverá aplicar o direito:

2. O procedimento só tem sentido quando a sua mais estreita finalidade, a justa decisão da lide – e, paralelamente, a finalidade geral de defesa da pacificação – é alcançada em tempo relativamente proporcional às dificuldades da questão jurídica. *Para o começo e o fim do processo devem ser indicadas as fronteiras.* Tal constitui tarefa específica da forma; formar significa limitar o material a ser formado. *No processo civil, a forma é a fronteira que é construída pela formação da matéria – ela constitui a confirmação da pretensão litigiosa, conforme o seu sentido fático e jurídico. Pela forma processual determina-se dentro de quais limites podem cooperar as pessoas atuantes no processo para o desenvolvimento da pretensão litigiosa.* 3. Para o resultado do processo a repercussão dos fatores ético e psicológico foi identificada como elemento amplamente decisivo. Em consonância com sua natureza, essas forças mostram-se bem objetivas, todavia, a influência por meio do sujeito aplicador é mais bem exposta como consequência lógica. A proteção contra a influência pessoal sobre o juiz, considerada necessária – em regra, cuida-se de considerações de ordem pública – é alcançada pela limitação da atividade judicial por meio de prescrições formais (Troller, 2009, p. 22-23).

Feitas tais breves digressões, voltando à técnica processual propriamente dita, Rosemiro Pereira Leal complementa que ela “*seria essa criteriologia desenvolvida a serviço da criação, estruturação, sistematização e aplicação das normas procedimentais no âmbito do direito processual*” (Leal, 2015, p. 78-79).

Destaque necessário é que técnica processual não pode ser confundida com forma. Conforme salientam Dierle Nunes, Clenderson Rodrigues da Cruz e Lucas Dias Costa Drummond, técnica processual, “*refere-se à estrutura normativa coordenada dos atos processuais conjuntamente*”, e forma “*concerne especialmente aos atos processuais, seus respectivos atributos e requisitos individualmente*” (Nunes; Cruz; Drummond, 2016, p. 116).

Partindo de um processo constitucionalizado, graças à sua expansividade, a técnica processual assim embasada, norteará a formação de um procedimento garantidor da participação efetiva dos destinatários do ato final deste *iter*.

Procedimento que, aliás, é empregado neste trabalho não no sentido da visão instrumentalista do processo, que não distingue processo de procedimento (este como meio extrínseco daquele), como já advertido por Rosemiro Pereira Leal (Leal, 2015, p. 150) e Aroldo Plínio Gonçalves (Gonçalves, 1992, p. 65-66).

Procedimento aqui é entendido como estrutura técnica de atos jurídicos praticados por sujeitos de direito, concatenados entre si, de forma lógica e

sequenciada, para se chegar ao resultado final. Portanto, procedimento não é mais tido como:

[...] a ritualística manifestação perceptível do processo, mas como uma estrutura técnica de atos jurídicos praticados por sujeitos de direito, que se configura pela sequência obediente à conexão de normas preexistentes no ordenamento jurídico indicativas do modelo procedimental. De conseguinte, o procedimento é manifestação estrutural resultante do complexo normativo da positividade jurídica. É a estrutura extraída do texto normativo que a ela é preexistente e que lhe confere legitimidade, validade e eficácia pelo princípio da reserva legal que, na CF/1988, está inscrito no art. 5º, II. Há de se notar, a rigor, que o procedimento, em sua construção espaço-temporal, ao reflexo da lei, impõe o encadeamento de atos, no qual o ato anterior há de ser pressuposto lógico-jurídico do posterior e este precondição do ato seguinte que, por sua vez, é extensão do antecedente, até o provimento final (sentença, decisão, ato), o qual encerra uma etapa significativa ou o ciclo total do procedimento (Leal, 2015, p. 151-152).

Entender a técnica processual tem toda relevância ao estudo do *iura novit curia*, na medida em que a aplicação do direito propugna ao juiz observância de fronteiras, que devem estar claramente demarcadas.

2.6 Síntese do capítulo

Resultante dos estudos realizados, pode-se concluir que o processo recebeu, durante os paradigmas estatais, influências notáveis e que davam o tom de como se concebia e aplicava o instituto.

O liberalismo processual confundia-se com a liberdade formal (ou negativa) de não intervenção estatal nas relações intersubjetivas, implicando um processo como ‘coisa das partes’ e um juiz como mero impulsionador.

A socialização processual, por sua vez, promoveu mudança drástica para inserir um Estado agigantado, e que tinha o processo como ferramenta para se alcançar escopos de bem-estar social por intermédio de um juiz a quem competia continuar o serviço deixado pelo legislador.

A democratização processual trouxe mudança na concepção do processo. Este não é mais ferramenta técnica a serviço da jurisdição para promover escopos metajurídicos, mas sim meio para implementação de direitos fundamentais, que indispensavelmente necessita da participação dos afetados na construção do provimento.

O Estado Democrático de Direito, em construção, não comporta teorização do processo que não se baseia no ideal democrático de participação efetiva e influente dos destinatários do provimento.

Daí que, como marco teórico da pesquisa, os estudos do processo constitucionalizado, por sua vez, formado pelo bloco principiológico do contraditório (substancial), ampla defesa, isonomia, fundamentação da decisão e terceiro imparcial, deve servir de norte não só para compreensão da ação e jurisdição, como também para funcionar como lente para avaliação de uma máxima secular que vem atravessando as quadras do tempo sem estudos detidos e ainda hoje tem aplicação capaz de, aparentemente, tornar inócua a participação das partes, deixando novamente a cargo exclusivo da jurisdição dizer o direito no caso concreto, pois *iura novit curia*.

3 DA COMPARTICIPAÇÃO: O PAPEL DO PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO NA EFETIVAÇÃO DA INOVAÇÃO LEGISLATIVA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA

Fruto da inovação legislativa trazida no CPC/15, que incluiu no nosso ordenamento jurídico a ‘cooperação’ (art. 6º e art. 357), desponta nos estudos processuais recentes um direcionamento do que deve ser entendido como cooperação no âmbito do processo civil.

Nas linhas a seguir trataremos sobre essa inovação legislativa.

3.1 Cooperação: comparticipação como designativo técnico

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias denunciou que o Código de Processo Civil de 2015 inovou na tradição processual brasileira ao empregar termos tais como ‘cooperar’, ‘cooperação’. Contudo, ainda segundo o referido jurista, faltou ao legislador técnica legislativa, tendo em vista que há diferença entre a ‘cooperação’ dos art. 6º e 357 e a dos arts. 26 e 27 do Código de Processo Civil (Dias, 2017, p. 2-3).

É que nos arts. 26 e 27, a cooperação ali segue um sentido coloquial do termo, significando auxílio, colaboração. Já a cooperação dos arts. 6º e 357 tem significado diferente, na medida em que seria ingênuo imaginar num processo jurisdicional, onde as partes buscam a defesa de seus interesses e o juiz figura como terceiro imparcial, que todos estariam juntos se auxiliando mutuamente, como se o processo fosse um ‘passeio no parque’ (Dias, 2017, p. 10).

No ambiente processual, na perspicaz observação de Nunes, Bahia e Pedron, prevalecem “*interesses não cooperativos de todos os sujeitos processuais*” (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 399).

O elo de ligação entre os sujeitos processuais, realista ao *locus* do processo jurisdicional (via de regra, contencioso), é a obtenção da decisão para resolver o conflito. Isso porque:

Apresso-me em justificar o que afirmo de há muito, com insistência. **A rigor, o trabalho ou a atividade em comum dos sujeitos do processo limita-se tão somente à obtenção de um pronunciamento decisório no processo.** Assim o é, porque o autor, sujeito parcial do processo, ao exercer seu direito constitucional de ação, postula solução decisória que acolha sua pretensão (lesão ou ameaça a direito) deduzida em juízo. O réu, outro sujeito parcial,

reage e opõe tenaz resistência à pretensão deduzida pelo autor, exercendo em toda sua plenitude a garantia fundamental da ampla defesa, com todos os meios que lhe são possíveis, almejando decisão jurisdicional que a rejeite. É por isto que a principal defesa do réu, a contestação, pode ser tecnicamente chamada de pretensão resistida. O juiz, sujeito imparcial do processo, que representa o Estado no exercício da atividade jurisdicional, equidistante dos interesses das partes, tem como objetivo dar-lhes resposta decisória que concretize ou realize as normas componentes do ordenamento jurídico no caso em julgamento. A partir desse tenso cenário dialético, parece-me muito difícil existir a possibilidade de que os sujeitos do processo – juiz e partes – possam trabalhar em comum, plenamente acordados, acertados, unidos, de mãos dadas, colaborando gentilmente uns com os outros ou se auxiliando fraternal, carinhosa e mutuamente, em todos os atos e fases processuais, rumo à decisão final de mérito (grifo nosso, Dias, 2017, p. 9).

Numa acepção técnica, a cooperação tratada nos arts. 6º e 357 do CPC/15 deve ser compreendida como *comparticipação*. Os sujeitos processuais, orientados pelo contraditório (que vincula deveres às partes e ao juiz, como já apresentado no tópico do princípio do contraditório), devem atuar no processo e exercer seus direitos e deveres processuais (Dias, 2017, p. 10).

A elucidação do termo *comparticipação* é de absoluto relevo para que não se descambe para uma visão romântica do processo, acreditando que a cooperação seria uma ‘solidarização’ entre os sujeitos processuais. Nada disso. É *comparticipação* e cada um dos sujeitos, de acordo com suas funções, contribui para que se forme um provimento participado.

3.2 Da *comparticipação* e a opção pela linha da escola mineira de processo

Tratar da cooperação no processo civil brasileiro inarredavelmente remete aos estudos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que defendia que, mediante uma valorização do diálogo, a cooperação das partes com o juiz e deste com as partes substituiria o mote de oposição e confronto, a fim de dar lugar ao concurso de atividades entre os sujeitos processuais para a pesquisa de fatos e valoração da causa (Oliveira, 2017, p. 62).

Seguindo a mesma linha, Daniel Mitidiero abordou um modelo processual cooperativo, categorizando-o como um processo do Estado Constitucional que permitiria a realização da justiça no caso concreto por meio do exercício de lealdade⁴⁰

⁴⁰ Daniel Mitidiero, nesse ponto da lealdade, estabelece que “A boa-fé a ser observada no processo, por todos os seus participantes (entre as partes, entre as partes e o juiz e entre o juiz e as partes), é a boa-fé objetiva, que se ajunta à subjetiva para a realização de um processo leal” (Mitidiero, 2009, p. 102).

por todos os sujeitos processuais que se aproximariam da verdade (Mitidiero, 2009, p. 20, 102).

Para Daniel Mitidiero, o juiz no modelo cooperativo acumula duas funções:

[...] tem seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa. [...] Essa dupla posição do juiz (paritária no diálogo, assimétrica na decisão) e o reforço das posições jurídicas das partes conferem marca ao processo civil cooperativo, manifestando-se ao logo de todo o formalismo processual. Da formação do processo ao exaurimento das vias recursais a instância ganha novos matizes, tudo à luz do escopo de decidir-se com justiça o caso decidendo, desiderato que se acomete ao processo no Estado Constitucional, marco teórico do formalismo valorativo, regido em todo o seu arco procedimental pela ideia de cooperação [...] (Mitidiero, 2009, p. 102).

Acontece que essa cooperação defendida por tais distintos juristas tem embasamento numa visão do processo sob o enfoque do formalismo valorativo⁴¹, amálgama da participação, direitos fundamentais, justiça, lealdade, segurança, efetividade⁴².

Porém, conforme observado por Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron, embora a cooperação (comparticipação) por eles defendida possua traços comuns com a proposta de Daniel Mitidiero, a diferença maior entre os estudos é que na cooperação de Mitidiero se mantém um discurso socializador e de assimetria:

No Brasil, um importantíssimo expoente de uma visão cooperativa do processo, em vertente axiológica e estatualista, em sua festejada obra, é o Prof. Daniel Mitidiero. No entanto, apesar de várias aproximações e concordâncias com nossa abordagem, seu argumento mantém o discurso socializador e de assimetria e, ao assumir um aporte valorativo (ou seja, de preferências de aplicador), não consegue blindar, em nosso entendimento, o discurso processual de possíveis decionismos (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 401).

⁴¹ Daniel Mitidiero (Mitidiero, 2009) cita em seu livro (no prólogo) que a obra 'Do Formalismo no Processo Civil', de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira é um marco para formalismo-valorativo.

⁴² Sobre essa conjunção de elementos para formar o formalismo valorativo, consoante tratado por Daniel Mitidiero: "(...) a democracia participativa, tida mesmo como um direito fundamental de quarta dimensão, sugere a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo. (...) Processo não é sinônimo de direito formal. Processo justo, na verdade, constitui antes de tudo processo substancializado em sua estrutura íntima mínima pela existência de direitos fundamentais. (...) O processo vai hoje informado pelo formalismo-valorativo por que, antes de tudo, encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente aos valores encartados em nossas Constituição. Com efeito, o processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação" (Mitidiero, 2009, p. 46-47).

Em outra sede, Dierle Nunes, Clenderson Rodrigues da Cruz e Lucas Dias Costa Drummond especificam mais a crítica ao formalismo-valorativo:

Nesta perspectiva, aborda-se o formalismo processual [valorativo] em relação aos fins e meios que desempenha processualmente. Tal análise leva em consideração que o processo se prestaria, sempre segundo Alvaro, a tutelar os “valores mais importantes”, tais como a realização da Justiça material e da paz social, quando se manifesta como um fim. Já quanto aos meios, o processo, associado ao formalismo, se reportaria à necessidade de se consagrar valores como a “efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo (*fair trial*)”. Nesta linha de reflexão, denota-se que, na tese do formalismo-valorativo, o traço distintivo do formalismo e da técnica processual revela-se pela existência de um caráter axiológico daquele, em face da neutralidade desta. [...] Entretanto, tem-se que tal tese, não obstante a sofisticação das suas cogitações, bem como a sua contribuição para a diferenciação do que sejam técnica e formalismo processual, acaba por recair na noção socializadora (estatalista) do processo e em seus paradoxos. Ademais, acaba por construir um sistema informado por valores (aplicáveis em consonância com a preferência do aplicador) e não por princípios (comandos deontológicos que impõem correção normativa). Como se sabe, a Socialização do Processo se inaugura na segunda metade do século XIX tendo como expoentes iniciais Anton Menger e Franz Klein, que apregoavam, entre várias outras características, a existência predominante de uma função social do processo, além de fins políticos e econômicos. Para a presente discussão, fica clara a aderência de Alvaro de Oliveira às matrizes teóricas acima indicadas, uma vez que, para este autor, caberia aos valores de origem cultural orientar a composição da estrutura processual e de seus respectivos fins. Assim, percebe-se que a noção valorativa do formalismo processual surge como um sintoma natural das noções que outrora nortearam, inclusive, o processo nazifascista, no qual caberia ao juiz transpor os valores da sociedade, realizando uma paz social (valor) a ser engendrada por um atributo pessoal do julgador (Nunes; Cruz; Drummond, 2016, p. 114).

Por isso optamos por não trabalhar com a cooperação no formalismo-valorativo, tendo em vista que ele acaba desaguando numa espécie de mitigação da centralização do decisor. Assim, trataremos a cooperação, ou melhor, comparticipação, na linha teórica defendida pela Escola Mineira de Processo.

3.2.1 Da influência do pensamento de Habermas para a comparticipação e policentrismo

O direito processual recebe influências de outros segmentos do conhecimento. Na medida dos avanços científicos conquistados, novos horizontes são abertos para a comunidade científica.

A Escola Mineira de Processo, de longa data, vem realizando incursões na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas e apresentando as contribuições do pensamento do filósofo para o direito processual.

Sem pretensão de exaurir as ideias difundidas por Habermas, este filósofo alemão propõe uma teoria que seria utilizada para propiciar o convívio de uma sociedade multicultural, que o mundo até então não soube lidar⁴³. A obra clássica do pensamento Habermasiano, 'Direito e Democracia: entre facticidade e validade', visa responder à pergunta de como integrar a sociedade plural. Na busca da resposta, o pensador teoriza o agir comunicativo que almeja consensos (e não imposições), única forma de integrar a sociedade plural (Teixeira; Radke, 2017, p. 88-89, 92).

Habermas, é bom que se ressalte, ultrapassou o paradigma da filosofia da consciência que pregava a subjetividade como centro. Ele está no paradigma da filosofia da linguagem⁴⁴ (Teixeira; Radke, 2017, p. 93-94).

O agir comunicativo acima citado, na linha do pensamento de Habermas, se difere do agir estratégico.

No agir comunicativo, consoante explica Flávio Quinaud Pedron, há a:

[...] ação de uma pessoa para convencer outra da validade de suas pretensões. É uma ação que somente pode dar-se por um único meio: a fala, e pressupõe a produção de um entendimento (HABERMAS, 1987:1:367). Seu fim é, portanto, a produção do efeito ilocucionário, ou seja, um consenso intersubjetivamente reconhecido acerca da validade de uma pretensão criticável (ARAGÃO, 2002:115) (Pedron, 2014).

⁴³ Nesse aspecto, Teixeira e Radke especificam que Habermas vivenciou os horrores de duas grandes guerras e como o pensamento subjetivista reinante foi falho na contenção dessas barbáries: *"Passado o horror da Segunda Guerra Mundial, com bombardeios atômicos, mortes e caos no planeta, começa a ser moldado o cenário contra o qual Jürgen Habermas se insurge e teoriza. Seu projeto inicia a partir da filosofia da linguagem - sempre tendo um viés antisolipsista, pois o vê com muito pessimismo. Para ele, a vida em comunidade e o respeito em sociedade se sobrepõem ao solipsismo do sujeito individual e onipotente em relação ao mundo, em uma clara separação entre sujeito e objeto"* (Teixeira; Radke, 2017, p. 88).

⁴⁴ Sobre essa superação: *"(...) deve-se ter a noção de que o modelo aqui estudado já pressupõe a superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência pelo giro linguístico, o que, por si só, já traz um aspecto mais democrático e menos individualista e solipsista ao sujeito, agregando consideráveis reflexos ao pensamento jurídico"* (Teixeira; Radke, 2017, p. 94). Complementando o giro linguístico e sua importância para o direito, que passou a partir de então ser uma prática argumentativa, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron explicam que *"a linguagem passa a ser vista como aquilo que possibilita a compreensão do indivíduo no mundo, de modo que essa mesma linguagem é necessariamente fruto de um processo de comunicação envolvendo uma relação de intersubjetividade, isto é, onde antes havia uma relação sujeito/objeto, instaura-se uma relação sujeito/sujeito. Além disso, a própria linguagem começa a ser compreendida como elemento de mediação das interações existentes na sociedade. (...) Ora, o Direito, como elemento da vida em sociedade, serve-se da linguagem comum; logo o que se aplica àquela também se aplica ao Direito. Como consequência, o Direito pressupõe que sua construção e sua aplicação deve se dar a partir de uma prática argumentativa"* (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 541-542).

Já no agir estratégico, ainda com base nos estudos de Flávio Quinaud Pedron sobre a teoria de Habermas – deveras densa –, existe:

uma forma de ação linguística – porém, semelhante à ação instrumental – na qual o falante faz uso de outro indivíduo como meio (instrumento) para a realização de um fim (seu sucesso pessoal). Tem-se aqui uma busca pelo sucesso perlocucionário, isto é, influenciar o ouvinte (que se transforma em mero objeto) para que este realize (ou deixe de realizar) o objetivo principal do falante (WHITE, 1995:52). Dessa forma, o falante age na condição de observador, ou seja, ele não se coloca na condição de participante da interação, nem busca saber sobre o reconhecimento da pretensão levantada por parte do ouvinte; o que está em jogo é apenas a concretização de seu próprio sucesso pessoal (Pedron, 2014).

Habermas desenvolve sua teoria num paradigma procedimentalista⁴⁵ fundado na perspectiva de que somente o procedimento, que pressupõe espaço de todos de influir nos processos políticos de formação de vontade, legitimaria o direito (Teixeira; Radke, 2017, p. 93-94).

Nesse procedimentalismo, Teixeira e Radke salientam que os afetados por uma norma social ou política podem ter voz ativa para a sua formação e aplicação, edificando-se, assim, uma estrutura de comunicação para desempenho do agir comunicativo, e, conseqüentemente, uma aceitação racional e a justa medida entre facticidade e validade⁴⁶, que remete à ideia de autolegislação (Teixeira; Radke, 2017, p. 98).

A autolegislação, conforme Habermas, é o resultado do fluxo de entendimento dos sujeitos destinatários e não imposição de determinados sujeitos:

A ideia da autolegislação de cidadãos não pode, pois, ser deduzida da autolegislação moral de pessoas singulares. A autonomia tem que ser entendida de modo mais geral e neutro. Por isso introduzi um princípio do

⁴⁵ Anderson Vichinkeski Teixeira e Rafael Wagner Radke citam que "*o procedimentalismo é o grande eixo que liga a teoria discursiva filosófica de Habermas com o direito, uma vez que é por meio da razão comunicativa que o referido autor busca se afastar do solipsismo do sujeito*". E continuam os autores, agora com arrimo de Marcelo Cattoni de Oliveira "*(...) Dentro desse modelo, portanto, Habermas preocupa-se principalmente com a legitimação do direito, já que o entende como meio linguístico e argumentativo de integração social nas sociedades pós-convencionais. Ademais, cumpre ressaltar que ele não admite que exista direito minimamente legítimo, fora de regimes democráticos*" (Teixeira; Radke, 2017, p. 95).

⁴⁶ O equilíbrio entre facticidade e validade, em outro dizer, pode ser assim tratado: "*sem facticidade, o direito não consegue justificar sua obrigatoriedade; e, sem a validade, o direito se transformaria numa retórica vazia sobre o bem e justiça, incapaz de coordenar as relações em sociedade. Desse modo, o direito não poderia ser justificado e legitimado, se uma das duas não se encontrar presente, pois o direito não pode se distanciar de sua teleologia, tampouco pode se diluir na política*" (Teixeira; Radke, 2017, p. 98).

discurso, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização (Habermas, 1997, p. 158).

Assim, consegue-se compreender importante crítica trazida por Habermas ao positivismo que preconiza a supremacia do legislador para estabelecer padrões de conduta com base em suas razões não debatidas com os destinatários e ainda possibilita uma zona subjetiva de interpretação, a ser realizada pelo decisor (Teixeira; Radke, 2017, p. 87).

Aliás, essa dobradinha do legislador fazer a metade do serviço e o julgador a outra era a base da socialização processual – que, por sua vez, fomenta o instrumentalismo processual brasileiro ainda persistente –, como abordado em tópico mais acima, onde, inclusive, se constou transcrição do pensamento Oskar von Bülow que retrata muito bem essa ideia.

De mais a mais, resumindo o procedimentalismo Habemasiano, Dierle Nunes assim expõe:

[procedimentalismo] determina o abandono de qualquer perspectiva subjetivista e de juízos de prelação dos agentes políticos, de modo que somente argumentos racionais que passarem pelo debate e ampla participação dos interessados (autores-destinatários) podem obter assentimento da comunidade jurídica (Nunes, 2008, p. 164).

Acontece que o procedimentalismo de Habermas, para se efetivar, depende do próprio direito enquanto meio⁴⁷. E é pelo processo, sobretudo quando pensado numa perspectiva constitucionalizada, que os destinatários da norma conseguem participar da sua construção, tal como já elucidou Dierle Nunes ao conjecturar o processo na perspectiva policêntrica e participada, capaz de estruturar o debate entre os sujeitos autores-destinatários de uma determinada decisão:

Nos regimes democráticos, o processo estrutura, mediante o debate endoprocessual, a forma e o conteúdo das decisões e, por conseguinte, seu controle, mediante a implementação técnica de direitos fundamentais em perspectiva dinâmica. Desse modo, percebe-se que a simples reconstrução técnica empreendida pela teoria do processo (como aludido supra) não consegue garantir o papel constitutivo de provimentos legítimos que o processo democrático empreende na perspectiva procedimental estruturada

⁴⁷ Anderson Vichinkeski Teixeira e Rafael Wagner Radke, com base em Delamar José Volpato Dutra, frisam que *"o direito seria o medium linguístico por meio do qual o poder comunicativo se transforma em poder institucionalizado e legítimo para a resolução dos problemas de integração social nas sociedades pluralizadas"* (Dutra *apud* Teixeira; Radke, 2017, p. 99).

por Habermas. Ao se fazer uma releitura da teoria do processo a partir da teoria habermasiana vislumbra-se que o processo estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas (HABERMAS, 1994, p. 270). Garante-se, desse modo, a cada afetado a exposição de razões relevantes para determinação do tema a ser debatido e julgado endoprocessualmente (HABERMAS, 1994, p. 270), dentro de uma linha temporal, de uma fixação adequada do objeto de discussão e de uma distribuição de papéis a serem desenvolvidos (HABERMAS, 1994, p. 288-289), em um espaço público processual moldado pelos princípios do modelo constitucional do processo (Nunes, 2008, p. 160).

Por isso que, como enfatizado por Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedro, as normas processuais, agora mais do que nunca, assumem papel central. Elas propiciarão um ambiente que possibilita o contraditório. A resposta judicial ou decisão não se basta. Ela depende de uma regularidade procedimental que a legitime (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 545).

Nos parece que, graças ao pensamento de Habermas, a legitimação do direito pressupõe debate efetivo dos afetados, algo que traz reflexos para o campo da decisão judicial que, por sua vez, fica insustentável numa perspectiva solipsista haja vista a razão do sujeito decisor não ser o bastante para interpretar o direito.

3.2.2 Da participação e policentrismo

O pensamento habermasiano influenciou na proposição de Dierle Nunes acerca da participação e policentrismo, a qual visa afastar qualquer protagonismo (Nunes, 2008, p. 163).

Evidentemente, ressalva a ser feita, o policentrismo e participação não representam uma visão romântica do processo.

Não se olvida que as partes, obviamente parciais, querem obter resultados que lhes favoreçam e agem no processo para atingir seus objetivos. O juiz, por sua vez, principalmente no cenário brasileiro, possui volumes invencíveis de feitos para julgamento. Tudo isso não passou despercebido na proposição do policentrismo e participação:

O sistema processual brasileiro é um ambiente no qual prevalecem os interesses não cooperativos de todos os sujeitos processuais. O juiz imerso, na busca por otimização numérica de seus julgados, e as partes (e seus

advogados), no âmbito de uma litigância estratégica (agir estratégico) com a finalidade de obtenção de êxito. Esta patologia de índole fática não representa minimamente os comandos normativos impostos pelo modelo constitucional de processo, nem mesmo os grandes propósitos que o processo, como garantia, dever ofertar. Ao se partir desta constatação cabe ao direito, dentro de seu pressuposto contrafático, ofertar uma base normativa que induz um comportamento de diálogo genuíno no qual estes comportamentos não cooperativos sejam mitigados. Isto induz à assunção do processo como *locus* normativamente condutor de uma comunidade de trabalho, na qual todos os sujeitos processuais devam atuar em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade, na construção dos pronunciamentos judiciais e em sua efetivação (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 399-400).

Acontece que esse policentrismo e comparticipação deve ser orientado a partir do modelo constitucional do processo:

Uma das bases da perspectiva democrática, trazida no CPC/2015, residente na manutenção da tensão entre perspectivas liberais e sociais, impondo que a comunidade de trabalho deva ser revista em perspectiva policêntrica e comparticipativa. Afasta-se qualquer protagonismo e estrutura-se a proposta a partir do modelo constitucional de processo, induzindo a convivência de poderes diretivos e gerenciais do juiz com uma renovada autonomia privada das partes e dos advogados (como *v.g* na cláusula de negociação processual – art. 190). O sistema legislado utiliza como balizas o contraditório como garantia de influência (art. 10) e a fundamentação estruturada (art. 489) que fomentarão o melhor debate de formação decisória e poderá permitir a diminuição de taxas de recursos. Além disso, as mudanças podem importar a diminuição de retrabalho processual, na medida em que todos deverão exercer, na primeira vez, sua atividade com alta responsabilidade (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 409).

A relação entre comparticipação e policentrismo é simbiótica. A comparticipação encarada na realidade do processo jurisdicional coloca as partes tensionadas pelo conflito para atuarem visando a decisão que resolverá o litígio, decisão esta a ser proferida pelo juiz a quem cabe a direção do processo sem, porém, protagonizar, afinal, a decisão deverá ser construída em conjunto por todos os sujeitos processuais.

Nesse ponto, cabe retomar as ideias difundidas por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias de que cooperação entre as partes significa a *adoção de comportamentos tecnicamente adequados à discussão das questões no processo*, sendo que, em momento algum, a cooperação deve ser entendida como fornecimento de matéria fática ou jurídica à parte contrária para facilitar o êxito do *ex-adverso* (Dias, 2017, p. 4).

O próprio juiz, como bem assinalado por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, não é um terapeuta social que tenha como função curar todas as vicissitudes processuais causadas pelas partes (Dias, 2017, p. 4).

A cooperação assim encarada como comparticipação para a formação participada da decisão que resolve o litígio não propugna terapêutica (que até mesmo poderia arranhar a imparcialidade), mas sim *direção técnica*, a ser orientada pelo princípio do contraditório, implicando ao órgão jurisdicional deveres.

Welder Queiroz dos Santos, parafraseando o jurista lusitano Miguel Teixeira de Souza, explica que o juiz possui: a) dever de esclarecimento; b) dever de prevenção; c) dever de consulta; d) dever de auxílio (Dos Santos, 2018, p. 74).

De forma resumida, o dever de esclarecimento determina que o juiz faça advertências, consultas e requerimentos a respeito de elucidações pertinentes. O dever de prevenção, por sua vez, prescreve que o juiz deve prevenir os sujeitos processuais quanto a necessidade de melhoria de suas alegações (e.g. emenda ou complemento da inicial). O dever de consulta estabelece o dever de o magistrado submeter às partes, para debate prévio, os fundamentos relevantes de uma futura decisão. E, por fim, o dever de auxílio institui o dever do magistrado de zelar que as partes superem dificuldades processuais e possuam oportunidades de manifestar no processo (Dos Santos, 2018, p. 75-77).

Em tempos de reformas processuais brasileiras que limitam recursos, tal como a recente Emenda Constitucional 125 que instituiu, para o recurso especial, o ‘filtro da relevância da questão de direito federal’, cada vez mais as instâncias ordinárias serão responsáveis pela resolução praticamente definitiva do litígio, algo que, a nosso modo de ver, demanda efetivação da comparticipação aqui defendida, na medida em que, além de propiciar a construção conjunta da decisão, ‘racionaliza’ o processo jurisdicional, evitando retrabalhos⁴⁸ e, conseqüentemente, custos⁴⁹.

⁴⁸ Nunes, Bahia e Pedron salientam que a implementação do policentrismo e comparticipação “(...) fomentarão o melhor debate de formação decisória e poderá permitir a diminuição das taxas de recursos. Além disso, as mudanças podem importar a diminuição de retrabalho processual, na medida em que todos deverão exercer, na primeira vez, sua atividade com alta responsabilidade. Diversamente do que sempre ocorreu: atividades processuais exercidas com superficialidade induzindo a prática do mesmo ato processual (decisões, por exemplo) inúmeras vezes no mesmo procedimento (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 409-410).

⁴⁹ Reinhard Greger cita o exemplo do processo civil inglês que adotou a cooperação e que tem previsão legal expressa para que além de o processo ser justo, correto mediante a cooperação, seja econômico: “(...) na Part 1 do novo Civil Procedure Rules de 1998 está estabelecido como mais alto princípio que o juiz e as partes devem colaborar para que se alcance o objetivo de um processo justo, correto e econômico. A tarefa do juiz é, agora, “active case management” – isso significa, por

No tocante ao *iura novit curia*, Nunes, Bahia e Pedron, lastreados em Nicolò Trocker, arrebatam que a comparticipação serve para impedir que o adágio se torne um instrumento de opressão:

“[...] ao cidadão a sensação de encontrar no “guardião da lei” [o juiz] um verdadeiro interlocutor que aceita a cooperação para a formação da decisão, e não um simples representante do Poder Público que, do alto, emite uma pronúncia vinculante. Em tal sentido, o diálogo garante a democratização do processo e impede que o princípio do *iura novit curia* seja fonte de uma atitude autoritária ou de um instrumento de opressão (tradução livre)”. (Trocker *apud* Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 411).

O CPC/15 não só previu em seu primeiro dispositivo a observância dos ditames constitucionais, como também diversos outros dispositivos⁵⁰ que servem justamente para implementar o modelo constitucional (expansividade) de processo no processo civil. Todo o bloco aglutinante de disposições calcadas no modelo constitucional aponta para uma comparticipação e policentrismo destinados a mudar, para melhor, a atuação dos sujeitos processuais, a fim de que se construa racional e conjuntamente o provimento jurisdicional.

3.3 Síntese do capítulo

A cooperação instituída pelo Código de Processo Civil de 2015 nos arts. 6º e 357 significa, verdadeiramente, comparticipação, termo técnico e adequado que deveria ter sido empregado pelo legislador.

No ambiente jurisdicional, é pueril imaginar auxílios mútuos entre os sujeitos processuais. Assim, a comparticipação, ao que nos parece, equaciona a tensão existente entre as partes e a relação destas com o juiz.

A comparticipação, fundada exclusivamente no critério normativo do contraditório propõe, no processo jurisdicional, que os sujeitos processuais ajam de forma técnica para solucionar as questões postas, sendo que, em relação ao juiz, a direção do processo o conduz a uma gestão participada para que os afetados pela

exemplo, nos processos mais importantes ter uma case management conference, na qual são discutidos com as partes o curso do processo, as questões a serem esclarecidas sobre os fatos, sobre o direito, sobre as despesas e as possibilidades de um ajuste alternativo do conflito. Que o juiz deve trabalhar para a cooperação das partes está em primeiro lugar de suas obrigações” (Greger, 2012, p. 5).

⁵⁰ Cite-se, como exemplo, o art. 10 do CPC, o art. 357, o art. 489, dentre outros ao longo da codificação de 2015.

vindoura decisão dela sejam coautores, legitimando, pois, o ato imperativo estatal, além de racionaliza-lo.

4 O *IURA NOVIT CURIA* NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Aqueles que atuam no processo jurisdicional já se depararam, ou, no mínimo, já ouviram falar do *iura novit curia*. Acontece que tudo envolta – digamos apenas para fins introdutórios do tema – da expressão é obscuro.

A tradução tradicional de que o juiz/tribunal conhece o direito traz qual implicação? As partes se limitam a apresentar fatos, sendo a argumentação jurídica dispensável? É exigido das partes a argumentação jurídica, mas por saber o direito, deve o juiz desconsiderar a contribuição das partes para aplicar o ordenamento jurídico que entende relevante para solucionar a controvérsia?

A aplicação do *iura novit curia* na prática jurisdicional do processo civil existe e em simples pesquisa de julgados de qualquer Tribunal brasileiro, seguramente serão encontrados arestos, recentes, que utilizaram o *iura novit curia* para decidir.

Entendemos que uma incursão histórica do tema poderá auxiliar no entendimento do que representa o *iura novit curia* e se há compatibilização de tal expressão no processo constitucionalizado cada vez mais participativo.

4.1 O *iura novit curia* na história do direito processual

Como já dito acima, dispensa comprovações de que o *iura novit curia* é utilizado ainda hoje em decisões judiciais. É um fato notório. Acontece que, embora exista um uso frequente, não se tem uma previsão legal a respeito; conformação de sua origem e até mesmo conteúdo do próprio adágio.

Assim, tratar do *iura novit curia*, mais do que nunca, exige uma incursão histórica, e esta é, conforme já abalizado por José Rogerio Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, uma necessária tarefa para compreender o presente, pois comportamentos de hoje podem ser reflexos de hábitos que já existiram, encobertos parcialmente pela passagem do tempo (Tucci; Azevedo, 2001, p. 21).

Passemos, portanto, à história do *iura novit curia*.

4.1.1 Panorama das origens conhecidas do *iura novit curia*

Fritz Baur, em clássico trabalho a respeito do *iura novit curia*, destaca que sua origem é duvidosa assim como em todos os adágios⁵¹; chega a afirmar que o adágio não veio do direito romano clássico; e só assumiu alguma importância com o surgimento de uma magistratura de especialistas durante a idade média (Baur, 1976, p. 1).

Paulo Roberto Gôuvea Medina, por sua vez, assevera, com base nos estudos realizados por Pontes de Miranda, Renzo Tosi, Santiago Sentís Melendo, Guillermo Ormazabal Sanchez e o próprio Fritz Baur, que o *iura novit curia* teria surgido na idade média (Medina, 2020, p. 33).

No mesmo sentido, Swarai Cervone de Oliveira, com base nos estudos de Guillermo Ormazabal Sanchez e Primo Augenti, salienta que no século XIV era corrente a ideia de que a aplicação do direito era tarefa do juiz, porém a expressão *iura novit curia* não deveria ter datado daquela época por questões semânticas, uma vez que *iura* não significava direito objetivo, mas sim o subjetivo (Oliveira, 2020, 16-17).

Puxando para período anterior ao da idade média, Otávio Augusto Dal Molin Domit suscita que dificilmente estudar a origem de algum instituto jurídico não parta do direito romano, o mais remoto dos ordenamentos ocidentais. E na exposição histórica realizada, a proposição de Domit, embora dissonante da maioria dos estudos jurídicos específicos – que alinham o surgimento do *iura novit curia* na idade média – , parece ser acertada (Domit, 2016, p. 32).

Para melhor compreensão da proposição de Otávio Augusto Dal Molin Domit, abriremos breves parênteses sobre o processo no direito romano.

4.1.1.1 Da possível gênese romana do *iura novit curia*

A respeito do direito processual romano, Rosemiro Pereira Leal (2015), José Marcos Rodrigues Vieira (2002) e Nunes, Bahia e Pedron (2021) apontam três grandes momentos ou períodos, a saber: *legis actiones*, *per formulas* e *cognitio extra ordinem*.

⁵¹ Como ilustrado por Fritz Baur, “os adágios jurídicos participam da sorte dos provérbios em geral: usualmente a origem dos mesmos é obscura, cada um os usa como bem lhe pareça, mas sempre inspirados por profunda convicção. Poder-se-ia quase dizer: à falta de argumentos reais ‘encontra-se no momento exato um adágio jurídico apropriado’”. (BAUR, 1976, p. 1).

4.1.1.1.1 Do período das *legis actiones*

No momento das *legis actiones*, segundo explicado por José Marcos Rodrigues Vieira, a influência aristotélica da unidade do ser se fazia presente e, assim, para os romanos, ser era, senão, a própria coisa. Matéria e forma, indissociáveis e interdependentes ao ponto de uma não existir sem a outra, redundavam que o direito privado e o ‘processo’ eram um só direito, consubstanciando a *actio* uma derivação e também potência da relação jurídica do direito material que facultava ao cidadão romano⁵² a possibilidade de submeter ao pretor uma pretensão de defesa de seu direito (criado pela lei) como uma solução da própria lei que o instituiu, tanto que no direito romano eram tantas ‘*actiones*’ quantas as relações jurídicas materiais existentes (Vieira, 2002, p. 2-5).

Como bem enfatizado por José Rogerio Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, “os romanos não diziam: ‘eu tenho um direito’ (e, via de consequência, uma ação para tutelá-lo), mas diziam simplesmente: ‘eu tenho uma ação’” (Tucci; Azevedo, 2001, p. 45).

As *legis actiones*, nesse contexto, acabavam por constituir o plano da incidência das relações jurídicas de direito material, isto é, um porto dos atos de defesa privada dos direitos no sentido de que os cidadãos romanos, perante o magistrado e sob rígidos ritos e solenidades, praticavam atos e prestavam declarações para demonstrar o objeto da contenda entre eles, tudo sem muita complexidade (devido à falta de exigência de fundamentos de fato ou causa de pedir), passando o magistrado a analisar se o que lhe fora submetido tinha admissibilidade no ordenamento jurídico vigente. Em havendo, tentava a conciliação das partes, sendo que sem sucesso, remetia os contendores à um juiz (árbitro), de escolha livre deles (Vieira, 2002, p. 5-6).

Nesse momento aparece importante instituto do direito processual romano, a chamada *litiscontestatio*. Conforme ensinam Nunes, Bahia e Pedron, a *litiscontestatio* servia para a identificação dos pontos tidos por controvertidos, sendo dividida em dois momentos. Um primeiro público e um segundo privado. O cidadão romano procurava o pretor (fase *in jure*), o qual estabelecia o procedimento a ser seguido, e, em seguida,

⁵² Nunes, Bahia e Pedron (2021, p. 75) ensinam que, fruto de reivindicações da época, no período *per formulas*, a *actio* foi estendida aos peregrinos.

autor e réu escolhiam o árbitro privado (fase *apud iudicem*), chamado de *iudex*, para solucionar a contenda (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 75).

Embora pareça que a *litiscontestatio* seria o acordo firmado entre autor e réu para se submeterem ao julgamento de um árbitro privado – o ‘*accipere iudicium*⁵³’ –, entendimento tido comum nos estudos sobre o processo romano, essa definição da *litiscontestatio* não chega ao fundamento da função do juiz e do seu poder para julgar, tendo em vista que as partes, caso quisessem, poderiam não instituir o juiz, o que redundaria numa arbitragem privada e de plano inferior. A investidura e o exercício da função judicante dependiam do magistrado da fase *in jure*, que dava a autorização (ainda que numa verificação de regularidade formal do processo) para o prosseguimento à fase ‘*in iudicio*’ perante o árbitro, escolhido pelas partes (Vieira, 2002, p. 13-14).

4.1.1.1.2 Do período *per formula*

Subsequente ao período das *legis actiones*, veio a fase *per formula*, marcada pela derrocada do formalismo exacerbado e oralidade que cunhava o momento anterior, e início de um procedimento mais escrito, materializado numa fórmula cuidadosamente escrita pelo pretor, que constituiria a orientação para o juiz (árbitro) sobre o objeto e conteúdo da demanda (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 75).

É na fase formular que a *litiscontestatio*, segundo os estudos de Ovídio Araújo Batista da Silva, toma forma mais nítida e ganha novas implicações. Para o referido jurista, a *litiscontestatio* tinha um efeito consuntivo da obrigação da relação material, isto é, como se uma novação da obrigação do direito material fosse. Portanto, o devedor deixava de dever em razão da obrigação, mas sim por uma futura condenação (Silva, 1997, p. 72-80).

Essa novação causada pela *litiscontestatio* acabava por definir o objeto litigioso, o que repelia tanto novas alegações pelo autor ou quanto outras defesas pelo réu, impedindo, inclusive, que o credor propusesse nova ação (Silva, 1997, p. 76).

A espécie de novação gerada pela *litiscontestatio* acabou redundando em parte de estudiosos do processo romano um entendimento de que ela era um negócio jurídico processual. Porém, o referido jurista adverte, o efeito de novação (ou

⁵³ Aceitar o julgamento. Tradução livre.

transformação) não era de obrigação no sentido material, pois o negócio jurídico que havia ali, na realidade, era o compromisso do réu de se submeter a *pronuntiatio* (decisão do juiz), e o efeito análogo da novação viria apenas depois (Silva, 1997, p. 78).

Ainda que a *litiscontestatio* tivesse essa feição de acordo das partes para se submeterem à decisão do juiz, cabe ressaltar, por oportuno, que este verdadeiro compromisso (*accipere iudicium*), consoante explica José Marcos Rodrigues Vieira, não reduz a *litiscontestatio* como puro e simples acordo de submissão ao julgamento vindouro, sendo ela muito mais, como uma verdadeira instrução do pretor dirigida ao juiz⁵⁴, denotando um caráter publicístico da *actio*, dada a interferência do pretor no juízo de mérito que virá a ser exercido na sequência da *actio* (Vieira 2002, p. 24).

4.1.1.1.3 Período da *cognitio extra ordinem* e o embrião do *iura novit curia*

A interferência maior do pretor romano na *actio* aumentou no período da *cognitio extra ordinem*, quando, de acordo com os estudos de Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron, paulatinamente os árbitros vão perdendo espaço, para que tudo se concentre em procedimento predominantemente escrito, de única fase, perante o magistrado romano funcionário público (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 77).

Nesse novo contexto, José Marcos Rodrigues Vieira apresenta que o fundamento da *cognitio extra ordinem* não mais é a *litiscontestatio* em uma das suas acepções que era o acordo das partes à submissão da decisão do juiz (árbitro), mas sim o processo e a autoridade estatal (Vieira, 2002, p. 26), daí que vem a calhar os estudos de Rosemiro Pereira Leal, no sentido de que os pretores conheciam e julgavam diretamente os litígios sem mais a interferência dos árbitros, ficando vedado aos particulares a utilização da arbitragem, sob qualquer de suas formas, o que assinala um *modelo romano de justiça pública*, com o *monopólio de dizer o direito*, do império (a vontade do príncipe). O pretor (magistrado) era o órgão jurisdicional do Estado e o Estado o único e exclusivo árbitro dos conflitos (Leal, 2015, p. 47).

⁵⁴ Rosemiro Pereira Leal explica que, na fase do *per formulas*, num primeiro momento, chamado de arcaico, as partes poderiam escolher o juiz (árbitro). Já num segundo momento, entendido como clássico, a escolha do juiz passou a ser do pretor, o que já vinha marcando, desde aquela época, um caráter publicístico da *actio* romana (Leal, 2015, p. 45-46).

Portanto, a *litiscontestatio* saí do acordo entre as partes e vai repousar, no período da *cognitio extra ordinem*, na delimitação do objeto da lide, presentes as partes ante ao magistrado, que passa para *narratio* do autor, depois a *contradictio* do réu, procedendo o magistrado a exigir juramento de boa-fé dos contendores e procuradores, ficando para a *litiscontestatio* levada à cabo pelo magistrado, o efeito principal de mérito, determinando os elementos real e pessoal do litígio, ao qual ele, magistrado, estará adstrito, consoante explica José Marcos Rodrigues Vieira (Vieira, 2002, p. 27).

Com base nas exposições acerca dos períodos do processo romano, calha trazer à baila a pesquisa de Otávio Augusto Dal Molin Domit, para o qual, no período da *cognitio extra ordinem*, com base em preceito da constituição imperial da época, haveria o permissivo de o pretor suprir carências argumentativas dos litigantes, porém, segundo estudo de Domit que levou em consideração a estruturação do processo daquela época, a interferência do magistrado era apenas no que tange à qualificação jurídica, e nunca quanto aos fatos⁵⁵, os quais eram de domínio exclusivo das partes, que dispunham deles conforme seus interesses (Domit, 2016, p. 58).

Daí que Domit, a nosso modo de ver, apresenta o embrião do *iura novit curia* como concebemos hoje:

⁵⁵ Segundo Domit: “O texto da constituição imperial, da maneira como redigido, gera dúvida em relação ao âmbito da aplicação da regra. (...) comparecendo as partes em juízo, realizada a *narratio* pelo autor – ou seja, a enunciação sintética das razões para a procedência da demanda – e efetuada a *contradictio* pelo réu – isto é, a enunciação sintética das razões para a rejeição da demanda – tinha-se por definida e ocorrida a *litis contestatio*. É dizer: tinham-se por estabelecidos, em definitivo, os limites objetivos da controvérsia submetida a julgamento. Não registra a doutrina que o órgão jurisdicional tivesse alguma participação nessa tarefa – no sentido de propor novas questões de fato não deduzidas pelas partes – o que seriam mesmo inconciliável com o princípio da demanda (ou princípio dispositivo em sentido material), que se constatava presente também na *cognitio extraordinária*. Não se negava ao juiz o poder de corrigir, acaso isso fosse necessário, a errônea designação do *nomem actionis* realizada pelo autor, mas isso não significava que o órgão jurisdicional estivesse exercendo algum poder supletivo, a partir da autorização dada pelo aludido dispositivo, para integrar alegações de fatos deficientes da parte, interferindo na delimitação objetiva da causa. (...) Conclui-se, por conseguinte, que a *ratio* da referida constituição imperial era a de permitir a substituição do juiz às partes apenas quanto a deficiências nas alegações jurídicas porventura verificadas, pois estender a possibilidade de iniciativa do juiz também para as alegações de fato significaria, aos olhos dos juristas de então, lesar a disponibilidade dos particulares sobre o seu próprio interesse, o que não seria aceitável nem mesmo naquele tempo, nada obstante o caráter assimétrico do processo. Dessa forma, mesmo nas hipóteses em que a aludida constituição imperial possibilitava ao juiz suprir as deficiências argumentativas das partes e pronunciar sentença conforme soubesse ser conveniente às leis ou ao direito público (oficial), compreendia-se que o órgão jurisdicional estava autorizado a integrar apenas as alegações jurídicas das partes em caso de eventuais falhas ou omissões. Não apenas autorizado – ousamos acrescentar – como impelido a fazê-lo, na medida em que, de acordo com espírito reinante do direito da época, o magistrado público, representante do imperador, tinha como função de seu ofício a aplicação do direito do império ao caso submetido ao julgamento” (Domit, 2016, p. 57-58).

É no processo da *extraordinaria cognitio*, portanto, que o formalismo do processo se arquitetou de modo a confiar ao juiz a tarefa de livremente manejar o direito ao caso e, assim, interferir na qualificação jurídica dos fatos da causa da maneira como lhe parecesse mais conveniente, correto ou oportuno, relegando as partes o poder de controle apenas sobre a questão de fato. É aqui, assim, por força da constituição imperial antes transcrita, que pela primeira vez se registra existência de regra semelhante à que, posteriormente, passar a ser traduzida pela máxima *iura novit curia* (Domit, 2016, p. 58).

Tanto Otávio Augusto Dal Molin Domit (Domit, 2016), quanto José Rogerio Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo (Tucci; Azevedo, 2001), baseiam a origem do *iura novit curia* no direito romano. Contudo, não é a posição mais aceita do ponto de vista histórico, onde prepondera um surgimento na idade média, que será tratado na sequência.

4.1.2 *iura novit curia* na idade média

Swarai Cervone de Oliveira, baseado em estudos estrangeiros sobre o tema, sugere que o *iura novit curia* teria aparecido quando um juiz, fatigado com a exposição do patrono da parte, o interrompeu para que os fatos sejam destacados, e não o direito, pois a corte o conhece:

Sentis Melendo, pondo-se de acordo com Augenti, considera indiscutível que a expressão teve sua origem na Idade Média. Aliás, costuma-se apontar o período final do medievo, no Reino da França, em que, à vista das extensas alegações dos advogados, era costume que os juízes os interrompessem com a advertência: '*venite ad factum, curia satis illa intellegit*' (Oliveira, 2020, p. 17).

Paulo Roberto de Gouvêa Medina também cita Sentis Melendo e acrescenta que a experiência mais recente parece corroborar com o surgimento do *iura novit curia* na prática jurídica da época. Outra passagem relevante para a indicação do surgimento de tal maneira é encontrada em livro de Piero Calamandrei, para o qual o *iura novit curia* atribui ao juiz uma espécie de poder-dever de oficiosamente encontrar o direito aplicável à espécie, e serve de advertência ao advogado apaixonado pela causa, que não deveria atuar como se fosse ensinar o direito ao magistrado (Medina, 2020, p. 38).

Destaque importante fica para o fato de que Swarai Cervone de Oliveira também não descarta uma outra origem, citando, para tanto, Ormazabal Sánchez, que indica que o *iura novit curia* teria surgido na península itálica, também na idade média, nos casos de alegação pelos litigantes de *ius commune* (identificado com o direito romano e comum no país) e *ius municipale* (relativo à costumes locais). Para o primeiro era desnecessário prova-lo, já para o segundo competia a quem o alegou provar sua existência (Ormazabal *apud* Oliveira, 2020, p. 17-18).

Esse aspecto da prova do direito tem positivado em nosso ordenamento processual civil regra parecida no art. 376 do CPC/15, que atribui à parte o ônus de provar vigência de direito local (municipal, estadual, estatutário), se o juiz assim o determinar.

Em que pese a exposição de abalizados estudiosos do assunto, nos parece que Otávio Augusto Dal Molin Domit trouxe elementos satisfatórios para vincar o surgimento do *iura novit curia* em período anterior ao da idade média.

Isso porque, segundo o Domit, baseado em estudos de Arturo Capone, foi no processo romano-canônico⁵⁶ (e já mesclado com o processo germânico⁵⁷) que os juristas medievais, tendo como fonte o *corpus iuris civilis* se depararam com a

⁵⁶ Conforme Domit, “no processo romano-canônico, a introdução da demanda era feita por meio do *libellus*, ato escrito ‘pelo qual o autor expõe a sua pretensão e a submete à apreciação do órgão dotado de jurisdição’ e que deveria conter, ‘além de outros requisitos, a exposição do fato, do direito, bem como do pedido. Tal como no processo romano pós-clássico, também no processo do *ordo iudiciarius* mostrava-se controvertida a questão da obrigatoriedade ou não de declinação do *nomen actionis* no libelo – sem embargo de que isso fosse sempre recomendável para auxiliar a precisar a natureza e a extensão da demanda proposta. Seja como for, certo é que havia necessidade de que o autor expusesse a razão pela qual agia, isto é, a *causa petendi*, representada pelo estado de fato e pelo estado de direito correspondente. O libelo, assim materializado, era apresentado ao juiz para que, recebendo-o, mandasse citar o réu por meio de um executor – outro sinal da influência herdada da *extraordinaria cognitio*. Permitia-se a *mutatio* ou *emendatio libeli* desde que isso ocorresse até a citação ou a *litis contestatio* - entendida aqui com o mesmo sentido de direito romano imperial -, ou, se após, desde que houvesse a concordância do réu. Com a *litis contestatio*, tinham-se os debates entre as partes: exposição da matéria litigiosa pelo autor (*narrativo negotii actoris*) e resistência à demanda pelo réu (*contradictionem rei in iudicio*), tudo observando alguma tendência ritualística, fruto da influência germânica. Nesse momento, definia-se o objeto do processo. Na fase instrutória, a tomada de provas era realizada de forma secreta, encontrando-se atenuada a presença de ritos supersticiosos e dualísticos de produção probatória, embora premente o caráter essencialmente formalístico. A valoração da prova era feita à luz de esquemas rígidos, predeterminados e subtraídos a qualquer controle de validade no caso concreto, o que se convencionou chamar sistema da prova legal. O interesse contínuo das partes em levar adiante o processo, dando-lhe impulso, era condição *sine qua non* para que fosse possível chegar ao seu fim. Ao final, era então pronunciada sentença, que deveria vir necessariamente escrita e lida publicamente em presença das partes” (Domit, 2016, p. 62-63).

⁵⁷ Ainda segundo Domit: “A função típica do processo nessas sociedades germanizadas era a de ser um instrumento de pacificação social, um meio de solução de conflitos dominado pelo formalismo dos rituais de provas solenes desenvolvidos perante o juiz, que se colocava quase como testemunha qualificada com função de controle formal desse procedimento” (Domit, 2016, p. 59).

Constituição Imperial de Diocleciano e Maxiliano e dela extraíram a interpretação de que o juiz poderia suprir e integrar deficiências das partes em relação às questões de direito da controvérsia instaurada no processo, mas não dos fatos. Porém, autor ressalva que, diferente da época da vigência da constituição imperial, o juiz do medievo não estaria autorizado a possuir poderes senhoriais em relação à solução jurídica a se adotar na controvérsia. A interpretação extraída pelos juristas medievais foi no sentido de que as partes não precisariam provar a vigência⁵⁸ do direito, surgindo naquela época a máxima *ius non eget probatione*⁵⁹, o que, no entendimento do autor, acabava atenuando o ônus argumentativo das partes sobre a questão de direito, a qual ficaria a cargo do juiz, uma vez que provar e argumentar, naquela época, estavam muito estreitos (Domit, 2016, p. 66-67).

Quer dizer, salta aos olhos o dissenso sobre a origem da *iura novit curia*, cuja incerteza em torno acaba, como já suscitado por Paulo Roberto de Gouvêa Medina, parafraseando Pontes de Miranda (Medina, 2020, p. 37), dando ares 'bruxuleantes' ao *iura novit curia*.

Porém, a luz parece vir da Roma antiga.

4.1.3 *iura novit curia* no direito moderno

Foi no direito moderno que o *iura novit curia* se expandiu.

Resultante das influências do raciocínio jurídico que não mais trabalhava com a lógica dialética que imperava no direito do medievo (pela qual a verdade seria alcançada com o consenso, o debate), a lógica utilizada era apodítica⁶⁰, isto é, trabalhava com a verdade demonstrativa, clara e indistinta, produto de um raciocínio individual. O Direito deixou o caráter problemático (a ser resolvido entre sujeitos) para se tornar um objeto que o jurista tem que conhecer sozinho, e o silogismo não demorou a modelar o raciocínio do juiz (Domit, 2016, p. 81-83).

⁵⁸ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, baseado em Pontes de Miranda, apresenta interessante digressão histórica que aponta o contrário da necessidade de prova de vigência do direito: "*Do ponto de vista histórico (...) no processo ateniense a lei era equiparada a um instrumento de prova, devendo ser ignorada, se não provada. Vigorava, assim, o princípio iura non novit curia, com exceção apenas das leis fundamentais ou muito conhecidas (v.g, sobre homicídio) e as reguladoras dos ritos das audiências, aplicáveis de ofício pelo magistrado condutor do processo*" (Oliveira, 2017, p. 65).

⁵⁹ Tradução livre: O direito não precisa de prova.

⁶⁰ Nicola Abbagnano elucida que a lógica apodítica é parte da lógica que tem por objeto a demonstração. Visa demonstrar a verdade necessária, ou seja, a verdade propriamente dita (Abbagnano, 2007, p. 73).

O silogismo, de acordo com Nicola Abbagnano, foi “*adotado por Aristóteles para indicar o tipo perfeito do raciocínio dedutivo, definido como 'um discurso em que, postas algumas coisas, outras se seguem necessariamente'*” (Abbagnano, 2007, p. 896).

Especificando bem a modificação das lógicas imperantes em cada época (medieval e moderna), Daniel Mitidiero utiliza de duas doutrinas bem do limiar da fase moderna do direito. Segundo Mitidiero, Sigismond Scaccia compreendia o direito a partir da dialética aristotélica, fulcrada no consenso, e assim, no processo, autor, réu e juiz trabalhariam para se chegar num consenso, que seria apenas uma verdade provável de determinada situação litigiosa – não havendo que se falar em certo e errado. Já Giovanni Althusio pressupunha a lógica de Pierre de La Remée (também conhecido como Petrus Ramus), que conduziu um paradigma racionalista no processo civil e foi adotada desde então na fase moderna, de modo que seria outorgado ao jurídico a certeza própria das ciências exatas – incluindo no jurídico o certo e errado (Mitidiero, 2009, p. 84-85).

Evidentemente, não foi só a lógica que desenhou o direito processual. Havia pressupostos políticos nisso. O direito foi capturado pelo soberano (e assim o direito processual civil), de modo que ao juiz cabia aplicar a lei, sobrelevando tal figura a condição de ‘superparte’ na relação processual para aplicar o direito posto (do soberano), minando a participação dos cidadãos na interpretação e aplicação do direito (Mitidiero, 2009, p. 86-87).

Nesse ponto, importante a transcrição das pesquisas de Daniel Mitidiero para a modelagem da própria noção de jurisdição na linha clássica de Chiovenda e a consequência disso para o ato da sentença:

O direito, incluso o direito processual civil, resume-se a vontade do soberano, devidamente formalizada, sendo reservada ao juiz tão somente a verbalização, através de silogismos, das palavras da lei, sem qualquer margem de discricção, já que a partir de uma premissa verdadeira só se pode chegar a uma única conclusão verdadeira. Como se vê, o pensamento chiovendiano de que à jurisdição calha aplicar a vontade concreta da lei e a concepção de Alfredo Rocco de que a sentença é um ato preponderantemente intelectual do magistrado de que se serviram abundantemente nossos processualistas, são iniludivelmente expressões de doutrina de cariz moderno, deitando raízes nos filósofos racionalistas do século XIII (Mitidiero, 2009, p. 88)

Nesse rastro, não há como discordar tanto de Domit que aponta que *da mihi factum, dabo tibi ius* é correlato ao *iura novit curia*, que por sua vez, no direito moderno, representava a soberania do juiz sobre a interpretação e aplicação do direito:

[...] é natural e mesmo intuitivo que se conclua que a ideia expressa no brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*, compartilhada também na máxima *iura novit curia*, tenha recebido ampla valorização. Com efeito, se todo o processo era pensado de modo a possibilitar a observância do direito de fonte estatal nas controvérsias instaladas entre particulares, o que era levado a cabo por um juiz funcionário inserido em uma estrutura hierárquica e autoritária (*homo burocraticus*) e tornado vértice do discurso judiciário, com o contraditório sendo encarado como princípio meramente formal e estático, era tendente a zero o papel das partes na definição do substrato jurídico da causa (Domit, 2016, p. 87-88).

Quanto de Mitidiero, que baseado nos adágios acima citados, converte o juiz em superparte:

A igualdade pressuposta nessa concepção de processo [moderno] é uma igualdade perante a lei, puramente formal, bem ao sabor da primeira dimensão dos direitos fundamentais então vicejante, ao contrário do que sucedia no esquema do modelo isonômico de processo, em que a isonomia substancial entre as pessoas implicadas no *iudicium* oferecia-se como pressuposto inarredável. O juiz converte-se em um sujeito superpartes, vértice do discurso judiciário, tornando assimétrico o processo antes isonômico (dessa época a valorização máxima dos aforismos *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius*, a sugerir a interpretação jurídica como algo atinente tão somente ao Estado) (Mitidiero, 2009, p. 89-90).

Em interessante estudo sobre a aplicação do direito pelo juiz, Nunes, Bahia e Pedron explicam que, durante o liberalismo processual, a atividade do magistrado era mecânica e baseada numa premissa de que o legislador conceberia um sistema unitário e completo de direito e assim caberia apenas ao julgador realizar operações silogísticas⁶¹ (premissa maior: ordenamento, premissa menor: fatos e decisão a dedução lógica entre elas). Com a passagem para a socialização processual, ao magistrado foi conferida maior liberdade, uma vez que o legislador fazia metade do trabalho, cabendo ao juiz em situações de relativa indeterminação da lei, interpretá-la

⁶¹ Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron citam doutrina brasileira processual civil clássica que vindicava que o ato de decidir era um ato silogístico do juiz: “Para um autor clássico, como (Moacyr Amaral) Santos, o ato de decisão é a realização de um raciocínio silogístico pelo qual o magistrado, ao identificar na norma dada premissa maior, na situação fática apresentada uma premissa menor, chega por meio de sua decisão à dedução lógica de uma conclusão”. (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 540)

(atividade volitiva-cognitiva dirigida a fins metajurídicos) e decidir no caso concreto (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 540-541).

Quer dizer, o cenário do direito moderno, calcado no processo assimétrico (de menor importância das partes e protagonismo do juiz), entregou ‘condições de pressão e temperatura ideais’ para concretização de um *iura novit curia* que atravessando mais uma era aportou na contemporaneidade para irradiar efeitos incompatíveis com a lógica e pressupostos políticos atuais.

4.1.4 *iura novit curia* no direito da contemporaneidade

Fato notório que é, o *iura novit curia* tem larga utilização na contemporaneidade.

No plano mundial, existem estudos críticos recentes sobre o tema. Em que pese a vocação internacional do *iura novit curia*, ressalva a ser feita é que a pesquisa em direito comparado, com sói de ser, possui metodologias específicas⁶², e o incursionamento do *iura novit curia*, hoje e pelo mundo, demandaria por si só uma pesquisa própria. Portanto, em momento algum as apresentações sobre o tema no direito comparado terão o intuito de exaurimento. Além disso, serão buscadas pesquisas do *iura novit curia* em ordenamentos jurídicos de reconhecida tradição romano-germânica, como o nosso, possibilitando maior propriedade nos nossos comentários.

Feitas tais breves considerações, iniciemos no plano europeu, com Douglas Brooker e uma exposição sobre o *iura novit curia* na França contemporânea. Primeiramente, cabe menção de que também na França o *iura novit curia*, curiosamente, não é levado ao debate na doutrina especializada sobre processo⁶³.

⁶² Welinton Carvalho explica que a pesquisa em direito comparado pode ser macro ou micro, tendo 03 fases: conhecimento (fase analítica); compreensão (fase integrativa); e comparação (síntese comparativa). A fase de conhecimento é, senão, a fase de delimitação dos parâmetros sobre os quais irá trabalhar e como se teve acesso ao objeto analisado. A fase de compreensão é de apontamento das diferenças e/ou semelhanças, e a terceira é a explicação do motivo das divergências e/ou confluências. Para maiores detalhes, vide a obra de Welinton Carvalho (Carvalho, 2008).

⁶³ “It is perplexing, given these conclusions, that, apart from the generally brief definitions we have considered, there is little literature about *jura novit curia* in France. The silence of scholarship suggests that, notwithstanding Merminod’s claim, there is really nothing essential about the adage in France, and even if there were, it would still be of no interest to legal scholars. This seems to be confirmed by the universal practice amongst French scholars to debate controversies associated with *jura novit curia* in the language of black-letter law. The abundance this type of literature further confirms the marginal status of *jura novit curia* in France” (Brooker, 2005, p. 78). Tradução livre: É

Ainda conforme Douglas Brooker, conquanto no ordenamento jurídico francês exista uma prevalência dos princípios da ampla-defesa e contraditório, os tribunais superiores daquele país volta e meia afirmam a necessidade de se observar um debate prévio sobre fundamentos não discutidos pelas partes, o que indica, nas instâncias inferiores, um uso do *iura novit curia* no aspecto de que o juiz conhece e lei e tem o dever aplicá-la quando for julgar, independente de debate anterior com as partes (Brooker, 2005, p. 10).

Na Espanha, por sua vez, o jurista Guillermo Ormazabal Sánchez salienta a existência de dissenso na doutrina espanhola sobre a maior ou menor vinculação do juiz em relação a qualificação jurídica da demanda, divergência esta que acaba sendo replicada nos Tribunais Superiores, pois o Tribunal Constitucional entende que quando se alterar os termos jurídicos do debate a decisão seria decisão *extra petita* ao não dar oportunidade de debate e o Tribunal Supremo tem entendimento pendular que vai desde a legitimidade da modificação até a impossibilidade de modificação dos fundamentos jurídicos que constituíam o debate travado o processo (Ampuero, 2009, p. 278).

Saindo do continente europeu, na América do Sul, cabe citar o trabalho de Ivan Hunter Ampuero sobre o *iura novit curia* na jurisprudência chilena. Conforme exposto pelo autor, o *iura novit curia* está ligado ao poder do juiz de aplicar o direito e não se tem, na jurisprudência daquele País, limitações bem delineadas em torno do *iura novit curia*. A jurisprudência veio se formando numa divisão de papéis onde às partes compete preponderantemente alegar fatos e comprovar sua veracidade e ao juiz o dever inescusável de aplicar o direito, encaminhando um entendimento de que, não derivando do pedido, está o juiz livre para escolher a qualificação jurídica, mesmo não invocada, que entende adequada aos fatos (Ampuero, 2010, p. 200-207).

Na Argentina, por exemplo, há escrito de Gustavo Calvino no sentido de que o *iura novit curia* poderia ser um benefício aos litigantes, na medida em que "o aforismo traduziria o dever de aplicação do direito objetivo pelo juiz como garantia de

desconcertante, dadas essas conclusões, que, além das breves considerações apresentadas, há pouca literatura sobre *jura novit curia* na França. O silêncio da doutrina sugere que, não obstante a definição de Merminod, não há realmente nada de essencial sobre o adágio na França, e mesmo que houvesse, ainda não seria de interesse para os estudiosos do direito. Isso parece ser confirmado pela prática universal entre os estudiosos franceses para debate controvérsias associadas com *jura novit curia* na linguagem da 'black letter law' (premissa do direito da *common law* de que algumas regras não podem mais sofrer questionamentos razoáveis). A abundância desse tipo de literatura confirma ainda mais o *status* marginal do *jura novit curia* na França.

segurança jurídica, ou seja, de que a solução encontrada seja baseada no direito objetivo" (Calvinho *apud* Vogt, 2022, p. 109).

Dessas menções, mesmo que breves, pode se perceber que o *iura novit curia* não se submete a escrutínios detidos, e se faz muito presente na experiência jurídica de vários países, seguindo um fio condutor já apresentado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Na conceituação tradicional, o princípio do *iura novit curia* não só impõe ao juiz conhecer o direito e investigá-lo de ofício, caso não o conheça, mas torna também o órgão judicial totalmente independente na sua aplicação, desvinculando-o dos pedidos e alegações das partes a respeito. Nem a aceitação da existência de determinada norma jurídica, nem a investigação de seu sentido e conteúdo, nem a subsunção dos fatos introduzidos no processo podem ser impostos pelas partes ao juiz (Oliveira, 2017, p. 66).

Há, também, a presença de um solipsismo judicial em torno do tema. Ao juiz é dado o papel de, sozinho, mediante operações silogísticas, encontrar o direito correto ao caso e aplicá-lo, sem qualquer diálogo prévio com as partes – o que representa uma concepção esmaecida pelo tempo.

Fernanda Costa Vogt assevera que o silogismo judicial, modelo clássico de cognição judicial que se organiza pelo ordenamento como premissa maior e fatos como premissa menor, passa ao largo dos estudos empenhados sobre interpretação (Vogt, 2022, p. 221).

Na mesma linha, Otávio Augusto dal Molin Domit cita o descompasso do pensar silogístico do juiz que se baseia numa compreensão do direito como um objeto estático, pré-dado, infenso à busca de sentido para se aplicar ao caso concreto (Domit, 2016, p. 221).

Em que pese o anacronismo, parece que a concepção moderna do *iura novit curia*, de fato, aportou na contemporaneidade.

4.1.4.1 *Iura novit curia no processo civil brasileiro contemporâneo*

Uma boa amostra da aplicação *iura novit curia* na contemporaneidade brasileira ficará na análise de arestos do Colendo Superior Tribunal de Justiça, porquanto cabe a tal sodalício, em função da divisão de competências previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dar uniformidade à lei federal, logo, às disposições do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalva válida a se fazer, obviamente, é que a avaliação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (pesquisa textual) se limitará ao aspecto do *iura novit curia*. O acerto/desacerto das razões dos recursos não será avaliado.

Pois bem. Recentemente, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pode-se perceber um ponto de tensão entre o *iura novit curia* e o art. 10 do CPC, que veda a decisão surpresa. É que a introdução de fundamento novo tão somente no momento de decidir, autorizado pelo *iura novit curia*, vem causando repercussão sobre até que ponto o juiz/tribunal deve seguir a disposição do art. 10 do CPC.

Com grande repercussão em sua época, o acórdão dos EDcl no REsp nº 1.280.825 – RJ (Brasil, 2017 a), de Relatoria da Ministra Isabell Galloti, tinha como pano de fundo embargos de declaração opostos por uma das partes que alegava que, nem partes nem tribunal de origem debateram sobre prazo prescricional decenal decorrente de responsabilidade contratual. A discussão era de termo inicial de contagem da prescrição trienal, de modo que a mudança do prazo em sede de julgamento dos embargos de divergência além de introduzir fundamento novo sem debate prévio, piorou a situação da parte recorrente, pois, segundo ela, haveria extinção do processo com pronunciamento do STJ sobre o termo inicial da prescrição. Argumentou, ademais, que há julgados no STJ que, mesmo admitido o recurso especial, não se poderia modificar o prazo prescricional sem recurso da parte a quem aproveitaria a decisão modificativa, sob pena de violar a vedação da *reformatio in pejus*. Argumentou, ainda, ter havido equívoco de premissa fática sobre a responsabilidade contratual a se aplicar ao caso, e que lhe foi retirado o direito de buscar influir no julgamento para debater contra o prazo decenal.

Julgado os *aclaratórios*, em voto da relatora, seguido de forma unânime, a tese jurídica foi de que o fundamento previsto no art. 10 do CPC é o fundamento jurídico (circunstância de fato qualificada pelo direito), ou que possa ter influência no julgamento (ainda que superveniente à ação), não se confundido com fundamento legal. O conhecimento da lei é presumido, logo, não é exigido do julgador suscitar debate prévio sobre dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame da causa, e, assim, não haveria ofensa ao art. 10 do CPC naquele caso. Também restou consignado que a subsunção dos fatos ao ordenamento jurídico deve ser feita no momento do julgamento e não antes, e se parte discorda do resultado deverá utilizar os recursos previstos em lei.

O acórdão do REsp de nº 1.957.652/SP (Brasil, 2022), de Relatoria da Min. Nancy Andrighi, julgado em 2022, tinha como discussão o recurso especial de uma das partes que alegava ter sido surpreendida, quando do julgamento da apelação perante o Tribunal local, com a extinção do processo pela impossibilidade jurídica do pedido, ocorrida de ofício e sem debate prévio, o que violaria o art. 10 do CPC. Segundo a parte recorrente, lhe foi retirado o direito reagir tanto com argumentos sobre o erro de avaliação da natureza jurídica do contrato objeto da lide, como também em provas sobre fatos relativos a temática da impossibilidade jurídica do pedido.

Em voto da Ministra Relatora, seguido unanimemente, foi citado os EDcl no REsp nº 1.280.825 – RJ acima discutido e se referendou o entendimento de que o fundamento do art. 10 do CPC é o fundamento jurídico e não fundamento legal que se presume de conhecimento de todos. Chegou a ser citado, com base em outros precedentes daquela corte, que o art. 10 do CPC não é aplicável quando há adoção de fundamentos jurídicos contrários à pretensão da parte com aplicação da lei aos fatos narrados, e que, se dentro do contexto da causa de pedir, pedido e fatos, o Tribunal faz a tipificação jurídica da pretensão no ordenamento jurídico posto, aplicando a lei adequada à solução do conflito, ainda que as partes não a tenham invocado (*iura novit curia*) e independentemente de oitiva delas, também não há ofensa ao art. 10 do CPC.

Firme naquelas razões, a relatora asseverou que, se dentro das circunstâncias fáticas-jurídicas, ínsitas à espécie, o Tribunal local aplicou a legislação, não havendo violação ao art. 10 do CPC já que seria desdobramento natural da demanda instaurada.

Em *decisum* mais recente, que chegou a ser incluído em informativo de nº 763 de 14 de fevereiro de 2023, do Superior Tribunal de Justiça⁶⁴, o destaque dado foi ao acórdão dos EDcl nos Embargos de Divergência em Recurso Especial de nº 1.213.143 – RS (Brasil, 2023b), de relatoria da Min. Regina Helena Costa, julgado, por sua vez, em 2023. A discussão, com pano de fundo tributário, era de que, segundo uma das partes, no julgamento dos embargos de divergência, após prolação de voto de um dos Ministros, a parte contrária suscitou atos normativos infra legais, cujos quais além de não terem sido submetidos ao debate, foram utilizados para sustentar o acórdão dos

⁶⁴ A inclusão em informativo do Superior Tribunal de Justiça denota a importância da decisão, tendo em vista que os informativos difundem teses firmadas no âmbito do Tribunal e com repercussão no meio jurídico.

embargos de divergência que teria feito uma superação da jurisprudência com composição incompleta da seção que julgava o recurso.

Postos à julgamento, em voto da Ministra Relatora, outra vez seguido de forma unânime, o entendimento foi de que, na particularidade daquele recurso, a manifestação da parte contrária teria sido desinfluyente para decisão, pois o voto-vista condutor já tinha sido concluído antes da petição da parte. Além disso, o acórdão embargado examinou a legislação no contexto de dissenso entre as teses postas em confronto e aplicou o direito à espécie, não havendo que se falar em violação ao princípio da não surpresa se o magistrado aplica lei adequada à solução do conflito, ainda que não invocada. Também restou vindicado que o princípio da não supressa não tem conteúdo absoluto ou aplicação automática e irrestrita. Pontofinalizou que para se decretar nulidade de julgamento, como pretendido pela parte embargante, teria que ter sido demonstrado prejuízo, o que não restou provado naquele recurso.

À luz dos referidos julgados, é possível perceber que o uso de fundamento jurídico não discutido pelas partes vem se sustentando pela existência do *iura novit curia*, o qual confere ao juiz a atribuição de, em sua avaliação da causa posta, eleger o fundamento jurídico que reputa adequado a resolver o litígio que lhe é submetido.

Com efeito, não se pode deixar de pontuar que a interpretação jurisprudencial em torno do *iura novit curia*, ao que parece, repagina precedentes pré-CPC/15, tais como STJ, AgRg no REsp 281.594/SC, STJ, REsp 819.568/SP, cujos quais, bem elucidados por Dierle Nunes e Lúcio Delfino, apontavam que a interpretação do Superior Tribunal de Justiça preconizava que o magistrado estaria adstrito aos limites do pedido e causa de pedir, porém ele poderia aplicar o direito sem qualquer vinculação aos fundamentos jurídicos deduzidos na inicial. (NUNES, DELFINO, 2014)

Isso tudo parece indicar que, na seara do *iura novit curia*, o que há é uma aproximação fortíssima com conceito de jurisdição de Giuseppe Chiovenda:

“[...] a jurisdição como função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torna-la, praticamente, efetiva (Chiovenda, 2000, p. 8).

Ainda consoante o jurista italiano, o processo civil é “*complexo dos atos coordenados ao objetivo de atuação da vontade da lei*” (Chiovenda, 2000, p. 56), atuação esta a cargo do juiz.

Esse juiz ao se desvincular do debate processual travado pelas partes e eleger, no momento de decidir, um fundamento diverso para se aplicar aos fatos do litígio (silogismo judicial chiovendiano, onde a premissa maior é o ordenamento, a premissa menor os fatos do litígio, e a síntese a decisão que extrai do ordenamento o fundamento jurídico adequado para aplicar no caso concreto), estaria o magistrado aplicando a lei, cujo conhecimento de todos é presumido.

Ou seja, o magistrado não surpreende as partes, pois está atuando a vontade da lei.

Daniel Mitidiero, em felicíssima passagem, aponta que conceitos de direito processual da era moderna do direito, radicados, por sua vez, na filosofia dos racionalistas do século XIII, ainda se fazem presentes na doutrina processual brasileira contemporânea:

O direito, incluso o direito processual civil, resume-se à vontade do soberano, devidamente formalizada, sendo reservada ao juiz tão somente a verbalização, através de silogismos, das palavras da lei, sem qualquer margem de discricção, já que a partir de uma premissa verdadeira só se pode chegar a uma única conclusão verdadeira. Como se vê, o pensamento chiovendiano de que à jurisdição calha aplicar a vontade concreta da lei e a concepção de Alfredo Rocco de que a sentença é um ato preponderantemente intelectual do magistrado, de que se serviram abundantemente nossos processualistas [Humberto Theodoro Jr. quanto ao conceito de jurisdição, Antônio Carlos de Araújo Cintra sobre a sentença], são iniludivelmente expressões de doutrina de cariz moderno, deitando raízes nos filósofos racionalistas do século XVIII (Mitidiero, 2009, p. 88).

Pode-se concluir, assim, que a aplicação irrefletida do *iura novit curia* – capaz de inclusive limitar efeitos do art. 10 do CPC (que é o contraditório propriamente dito), consoante se verifica na jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça – representa um ato de jurisdição, porém, sem o processo entendido em sua matriz constitucional.

4.2 Síntese do capítulo

As origens do *iura novit curia* apresentam divergências doutrinárias. Embora o surgimento no direito medieval seja o mais aceito, à luz do exposto, entendemos que o embrião do *iura novit curia* pode estar no direito romano do período da *cognitio extra ordinem*, época em que, por força da Constituição Imperial de Diocleciano e Maxiliano, era confiado ao juiz, diante dos fatos trazidos pelos litigantes, manejar livremente a

qualificação jurídica a ser aplicada, algo que se assemelha ao que temos hoje no entendimento do *iura novit curia* visualizado na jurisprudência do Superior Tribunal Justiça, a qual possibilita a aplicação do direito pelo juiz sem prévio debate com as partes.

E esse *iura novit curia*, em nosso entendimento, não representa um princípio, pois não encerra sintetizações de enunciados científicos, tampouco está positivado.

É, ao que tudo indica, um brocardo, adágio ou máxima, que serve para manter viva uma tradição que na fase moderna do Direito teve seu ápice, conferindo ao juiz o poder-dever de, sozinho, encontrar a qualificação jurídica para os fatos do litígio e assim decidir, sem que antes se instaure, em ambiente processualizado, uma dialogicidade com os afetados pela decisão.

A máxima engendra uma técnica de decisão, sustentada pela concepção clássica de jurisdição. Porém, tal noção clássica ainda não possuía, como centro e de onde deveria retirar fundamentos para seu exercício, o processo enquanto *locus* de argumentação para construção participada da decisão.

5. A SUPERAÇÃO DO *IURA NOVIT CURIA* NO PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO

O *iura novit curia*, como visto, representa um adágio, de surgimento cinzento, ligado à jurisdição e que acaba formando uma técnica de atuação do juiz no processo.

Ocorre que, na atualidade brasileira, não se pode admitir a utilização de técnica que se não compatibilize com o processo constitucionalizado.

Então, no último capítulo, serão abordadas críticas ao *iura novit curia* e propor-se-á uma decidibilidade democrática para atuar na qualificação jurídica dos fatos pelo juízo.

5.1 A jurisdição não mais regula o proceder e o julgar

Diante do estudado, aparenta haver no *iura novit curia* uma atividade preponderantemente de jurisdição arraigada no pensamento clássico, sobretudo de Chiovenda, que concebia o juiz como um aplicador da vontade concreta da lei, mas em critérios não demarcados e, assim, podendo gerar surpresa aos destinatários do provimento.

Paulo Roberto de Gouvêa Medina chega a designar o *iura novit curia* como ‘técnica de aplicação do direito’ (Medina, 2020, p. 113). De fato, o adágio engendra uma técnica, porquanto por esta, como já tratado em capítulo anterior, se entende o “conjunto de meios adequados para consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades” (Gonçalves, 1992, p. 23).

O conteúdo do *iura novit curia*, seguindo sua formação moderna e que se espelha na contemporaneidade, põe ao juiz uma função de interpretar e aplicar, sozinho, o ordenamento jurídico de conhecimento presumido de todos e do qual seria o guardião. Por isso que as expressões *da mihi factum dabo tibi jus* e *iura novit curia* estão umbilicalmente ligadas e a jurisdição entendida em linhas Chiovendianas está tão presente para acolher o *iura novit curia*.

Contudo, nos atuais balizamentos, a jurisdição não mais, *per se*, estabelece critérios de julgar ou proceder, haja vista estar subordinada aos princípios

fundamentais do processo, como bem enfatizado por Rosemiro Pereira Leal⁶⁵ (Leal, 2015. p. 48).

Daí que, com os profícuos estudos de Aroldo Plínio Gonçalves, cabe rememorar a importância das garantias processuais para que a atuação jurisdicional, com seus atos imperativos (decisões em sentido lato), seja participada com seus destinatários:

As garantias constitucionais do processo são garantias da própria sociedade, enquanto se coloca como comunidade de jurisdicionados perante o Estado, que detém a sanção em sua universalidade. São garantias de que o Estado não invadirá o domínio dos direitos individuais e coletivos, se não for chamado a protegê-los, de que o Estado não instituirá juízos pós-constituídos, de que a privação dos bens da vida que o Direito assegura não se dará sem as formas de um processo devido e de que não se dará sem a participação e o controle dos destinatários do provimento em sua própria formação, de que não se dará sem a devida explicação aos jurisdicionados sobre os fundamentos de uma decisão que interfere em seus direitos e nas liberdades pelo Direito asseguradas.

[...]

E a finalidade do processo, compreendida em toda a extensão e profundidade em que se pode entender o princípio do contraditório, ressurgirá de sua própria instrumentalidade técnica. Não é ela pequena, estreita ou dispensável, ao contrário, é enorme, profunda e necessária. Essa finalidade permite que as partes recebam uma sentença, não construída unilateralmente pela clarividência do juiz, não dependente dos princípios ideológicos do juiz, não condicionada pela magnanimidade de um fenômeno Magnaud⁶⁶, mas gerada na liberdade de sua participação recíproca, e pelo recíproco controle dos atos do processo (Gonçalves, 1992, p. 184, 188).

Resulta da compreensão da jurisdição consentânea ao processo constitucionalizado que o *iura novit curia* perde potência, não mais podendo se aplicar de forma 'autorregulada'. A jurisdição não mais estabiliza o proceder ou o julgar. É o processo que detém tal função.

⁶⁵ Aliás, convém ressaltar com o próprio Rosemiro Pereira Leal que "(...) a jurisdição, em face do estágio da ciência processual e do direito processual, não tem qualquer valia sem o processo, hoje considerado, no plano direito processual positivo, como complexo normativo constitucionalizado e garantidor dos direitos fundamentais da ampla defesa, contraditório e isonomia das partes e como mecanismo legal de controle da atividade do órgão jurisdicional (juiz), que não mais está autorizado a utilizar o processo como método, meio, ou mera exteriorização instrumental do exercício do seu suposto saber decisório" (Leal, 2015, p. 50).

⁶⁶ Aroldo Plínio Gonçalves explica que "o mais alto grau de racionalidade atingido pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos, que se seguiu à conquista das garantias constitucionais, importa na superação do critério de aplicação da justiça do tipo salomônico, inspirada apenas na sabedoria, no equilíbrio e nas qualidades individuais do julgador, ou na sensibilidade extremada do juiz, simbolizada pelo "Fenômeno Magnaud". Esse fenômeno é descrito por Aroldo Plínio Gonçalves como o 'bom juiz', que presidiu um Tribunal francês em 1889-1904, e era famoso por ser favorável aos miseráveis e severo com os privilegiados, pouco se preocupando com a lei, jurisprudência ou doutrina, e se julgava como se fosse a encarnação do direito" (Gonçalves, 1992, p. 46-47).

Na contemporaneidade brasileira, à luz do processo constitucionalizado, mais adequado seria concebermos a *judicação*, a qual, como bem delineando por Vitor Salino de Moura Eça, estabelece que a aplicação, pelo magistrado, do direito emanado soberanamente pelo povo, há se de fazer mediante um comprometimento com os valores constitucionais que se voltam à cidadania plena, de sorte que não mais cabe ao magistrado dizer o direito, mas sim que deve dizê-lo mediante prévia participação influente de todos os sujeitos processuais (Eça, 2019, p. 61).

A plena cidadania citada por Vitor Salino de Moura Eça, mais do que nunca faz necessário rememorar as lições de José Alfredo Baracho de Oliveira, em sua clássica obra ‘Teoria Geral da Cidadania’: “a *participação do cidadão no poder, como característica da democracia, configura-se pela tomada de posição concreta na gestão dos negócios da cidade, isto é, no poder*” (Baracho, 1995, p. 3).

Portanto, o adágio do *iura novit curia* que engendra uma técnica de aplicação do direito solipsista regulada pela jurisdição, no passo a ser dado rumo à *judicação*, perderia sua razão de ser.

5.2 *iura novit curia* e princípio dispositivo: limitação de campo na atuação da máxima

Três pesquisadores brasileiros que se dedicaram ao estudo do *iura novit curia* apresentaram importantes balizamentos para atuação do brocardo, cujas pesquisas, ao que nos parece, acabam se complementando.

Otávio Augusto Dal Molin Domit (Domit, 2016), Swarai Cervone de Oliveira (Oliveira, 2020) e Paulo Roberto de Gouvêa Medina (Medina, 2020) são assentes no que tange ao *iura novit curia* sofrer limitações do princípio dispositivo (ou da demanda).

Otávio Augusto Dal Molin Domit apresenta que pelo princípio da demanda (princípio dispositivo), apenas a parte pode dispor de pleitear a proteção judicial, não podendo o juízo, pelo *iura novit curia* e respectiva possibilidade de qualificar juridicamente os fatos, vislumbrando outra possibilidade de proteção, assim decidir:

“O princípio da demanda, como recém dito, concerne ao alcance da atividade jurisdicional, representando o maior limite a essa atividade. Enuncia, por isso, a noção basilar de que somente à parte pode ser reconhecido o poder de requerer a proteção (tutela jurisdicional), no processo, para os direitos de que se julga titular. Adequando-se a linguagem para falar-se, em vez de direitos,

em situações jurídicas tuteláveis – termo mais abrangente –, pode-se construir a ideia de que cabe à parte, e somente ela, a indicação da situação jurídica material para a qual requer tutela no processo. O órgão judicial, na aplicação da máxima *iura novit curia*, não pode interferir na identificação da situação jurídica para a qual o autor solicita proteção, mesmo que, apreciando o caso, visualize outra situação jurídica potencialmente tutelável, mas não deduzida (afirmada) pela parte demandante. Em outras palavras, no que diz respeito à determinação da situação jurídica para a qual se requer tutela no processo, não pode, aí, o juiz intervir, causando alteração que interfira na indicação realizada pelo demandante, substituindo-a em prol da consideração de situação jurídica não afirmada na demanda. Se a proteção de determinada situação jurídica não foi requerida pelo seu titular, não cumpre ao órgão judicial tomar essa iniciativa. Se o fizer, haverá infração aos arts. 2º, 141 e 492 do Código de Processo Civil, que são o esteio normativo do princípio da demanda no âmbito da legislação brasileira, e será nula a decisão prolatada, por incongruência (Domit, 2016, p. 287-288).

Em sentido semelhante, Swarai Cervone de Oliveira assinala:

[...] vigora, em nosso sistema, indubitavelmente, o princípio dispositivo. É o autor, ao ajuizar a ação, em razão do princípio da demanda, quem escolherá, dentre os fatos a serem narrados, quais são os essenciais e quais são os secundários. Em outras palavras, é ele quem indicará os fatos e fundamentos jurídicos, elaborando pedido, e, respeitada a regra da correlação, a sentença sobre eles decidirá. Cabe, nesse ponto, aliás, uma observação terminológica. Pode-se utilizar a expressão “princípio dispositivo” ou a expressão “princípio da demanda”, certas vezes, como sinônimas. Isso porque, para os fins ora examinados, o princípio dispositivo de que se trata é aquele de caráter substancial, segundo o qual, na medida em que a parte pode abrir mão de determinado direito – pode dispor dele –, também pode eleger a maneira como exporá sua pretensão, ou seja, a roupagem jurídica da demanda”. [...] Logo, dizer princípio da demanda ou dizer princípio dispositivo, para os fins do tema ora tratado, é indiferente. O que importa é a noção de que, por ser disponibilidade do autor, a pretensão pode ser traduzida nos limites que ele entender oportunos, sendo defeso ao juiz extrapolá-los. Sob esse aspecto, afirmar que se quebrou o princípio da demanda ou princípio dispositivo é a mesma coisa (Oliveira, 2020, p. 154-156).

Vale frisar que Swarai Cervone de Oliveira (Oliveira, 2020) ainda acrescenta a regra da estabilização da lide⁶⁷ com limitador ao *iura novit curia*. Porém, ressalva a ser feita, a regra da estabilização da lide está disposta, no art. 329 do CPC/15, em sua literalidade, às partes, e não ao juízo.

Por fim, Paulo Roberto de Gouvêa Medina, ligando o princípio dispositivo com a correlação, pontua que:

⁶⁷ “Alterando-se a causa de pedir, modifica-se a ação proposta. Isso não pode ser feito sem a concordância do autor. E também não pode, como visto acima, sem o aval do réu, dada a regra da estabilização” (Oliveira, 2020, p. 158).

Há, pois, uma vinculação estreita entre o julgamento e a postulação do direito. É certo que essa vinculação não tolhe a atividade do magistrado no que diz respeito ao enquadramento na moldura do direito, dos fatos alegados pelas partes. Essa atividade compete, realmente, ao juiz, a quem a lei processual atribui o papel de dar aos fatos a versão jurídica adequada. E é essa tarefa que justifica o emprego da vetusta máxima *iura novit curia*, como elemento orientador da função jurisdicional. [...] O princípio da congruência impõe, portanto, balizamento rígido à invocação da máxima *iura novit curia*, a confirmar o que se disse, precedentemente, isto é, que o juiz não age discricionariamente ao proceder o enquadramento jurídico dos fatos da causa (Medina, 2020, p. 112-113).

Depreende-se, assim, que os aludidos autores limitam o campo de atuação do *iura novit curia* por meio do princípio dispositivo, de modo que o adágio se cingiria à causa de pedir, causa de pedir essa formada pelos fatos e fundamentos jurídicos.

Ou seja, na linha de entendimento de Otavio Augusto Dal Molin Domit (Domit, 2016), Swarai Cervone de Oliveira (Oliveira, 2020) e Paulo Roberto de Gouvêa Medina (Medina, 2020), somente aquilo que foi objeto de solicitação de proteção jurídica delimitaria o campo de atuação do *iura novit curia*:

Cabe ao autor, em vista do conflito existente no plano do direito material, delimitar o objeto de sua pretensão. Vislumbrar o que vai pedir e por qual fundamento. Apontar qual a razão feita valer em juízo. Não se discute que o ordenamento jurídico deva ser aplicado em sua integralidade. Contudo, a aplicação deve respeitar os limites da demanda. Se é certo que o juiz pode, por conta do *iura novit curia*, corrigir, após o contraditório, a mera qualificação jurídica, ou fundamento legal, sem modificar, com isso, a estrutura da causa de pedir, é indubitável que, se alterar, atuará como se autor fosse (Oliveira, 2020, p. 205).

Sucedendo que, essa limitação ou balizamento, que se escuda no princípio dispositivo, comporta observações.

5.2.1 Dos temperamentos necessários em torno do princípio dispositivo

Dierle Nunes explica que o princípio dispositivo tem raízes na Roma antiga (quando se preconizava o monopólio das partes em deduzir em juízo) (Nunes, 2009, p. 75). Carlos Alberto Alvaro de Oliveira cogita que o referido princípio teria surgido na passagem da justiça privada para a justiça estatal, pois o interesse superior da resolução do conflito sem uso de força bruta imporia ao julgador indiferença, alheação (Oliveira, 1997, p. 78).

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira também frisa que do princípio dispositivo decorreram outros princípios para preservar a imparcialidade do juiz, tais como o

direito exclusivo da parte iniciar a ação e determinar a matéria, e a sentença se ater ao pedido (o que se pode compreender por correlação, congruência ou adstrição) (Oliveira, 1997, p. 78).

O princípio dispositivo teve na fase do liberalismo processual um terreno fértil para sua expansão, pois naquele tempo o processo era coisa das partes e o:

[...] princípio (e processo) dispositivo em sentido material ou em sentido próprio, [é] aquele com o qual se indica a existência de um poder exclusivo das partes no requerer a tutela jurisdicional e no fixar o objeto do juízo [...] e princípio (e processo) dispositivo em sentido processual ou impróprio, aquele com o qual se alude, em sentido diverso, a uma vinculação do juiz às iniciativas das partes e que, por isso, diz respeito à técnica e ao desenvolvimento interno do processo e, em espécie, à escolha dos instrumentos para a formação do convencimento judicial (Capeleti *apud* Nunes, 2009, p. 75).

Como já visto, esse modelo de protagonismo das partes no processo sucumbiu na socialização processual, quando o Estado-Juiz se agigantou e passou a ser protagonista com um processo instrumento da jurisdição, enfraquecendo quase que na totalidade o princípio dispositivo tal como era entendido no liberalismo processual:

Implementava-se no discurso processual a quebra completa do ideal de monopólio das partes e dos advogados no processo civil e do liberalismo processual, ao partir do pressuposto publicístico (ou pseudo-publicístico, pois fruto do subjetivismo particularista dos juízes em várias hipóteses) do ativismo e protagonismo judicial, discurso esse reforçado pela consolidação do Estado Social nos países europeus, pelo aumento da importância do Poder judiciário, especialmente com a criação de Tribunais Constitucionais. Tais tendências de socialização do processo representavam um movimento crítico contra as degenerações do sistema processual liberal, que permitiam à parte assistida por um advogado mais hábil a vitória no "duelo judiciário", em que o processo se transformava (Nunes, 2009, p. 105).

Ocorre que a passagem para a fase da democratização processual demanda estudos e esclarecimentos em torno do princípio dispositivo e seu alcance hoje, cujo momento não permite que se descambe para o que se compreendia pelo princípio dispositivo no liberalismo processual, tampouco na socialização processual, sob pena de não se ter qualquer ganho democrático.

O princípio dispositivo, aliás, consoante elucidado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, está inserido numa categoria principiológica de cunho formal ou procedimental-estrutural (Oliveira, 1997, p. 77).

Nesse mesmo sentido, Nunes, Bahia e Pedron explicam que o princípio dispositivo é informativo do procedimento (ou princípio técnico do procedimento), cuja

categoria não indica uma opção política do ordenamento jurídico, mas apenas serve para estruturar a relação processual. E no âmbito da aplicação do princípio dispositivo, que parte da premissa da autonomia privada das partes para deduzir em juízo e da imparcialidade do juiz (essa decorrente do princípio do juiz natural), a legislação processual brasileira apresenta diversas exceções à prévia provocação da parte (prescrição, decadência, juros de mora, correção monetária, prestações periódicas vincendas, fatos supervenientes, dentre outros) (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 586-587).

Portanto, sendo princípio de cunho técnico, a sua estatura para barrar o *iura novit curia* deve ser recebida com devidos temperamentos.

Prova disso é que, apenas no que tange à jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, o princípio dispositivo não é tão rígido tal como concebido por Otavio Augusto Dal Molin Domit (Domit, 2016), Swarai Cervone de Oliveira (Oliveira, 2020) e Paulo Roberto de Gouvêa Medina (Medina, 2020).

Percebe-se naquele sodalício uma ausência de vinculação dos fundamentos jurídicos deduzidos pelas partes:

[...] Não há falar em julgamento *extra petita* em virtude de o Tribunal de origem ter considerado como razões de decidir argumento atinente à mudança unilateral da abrangência territorial da cláusula de raio ocorrida em 2002, porquanto o julgador, para formar seu convencimento, não está adstrito à "causa petendi" remota (fundamento jurídico), mas sim à causa de pedir próxima ou imediata, ou seja, a todo o arcabouço fático-probatório que permeia a demanda. [...] (Brasil, 2016).

[...] 6. Não há julgamento *extra petita* quando o julgador, atendo-se aos fatos narrados (causa de pedir próxima) empresta-lhes qualificação jurídica não indicada expressamente pela parte (causa de pedir remota). Vige, nesses casos, a máxima segundo a qual o juiz, conhecendo a causa, deve aplicar o direito à espécie, consagrada na Súmula nº 456 do STF, no art. 257 do RISTJ e também nos brocardos *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi jus*. [...] (Brasil, 2017b).

[...] A conclusão da Corte de origem está em harmonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça segundo a qual "não há julgamento *extra petita* quando o julgador, atendo-se aos fatos narrados (causa de pedir próxima) empresta-lhes qualificação jurídica não indicada expressamente pela parte (causa de pedir remota). Vige, nesses casos, a máxima segundo a qual o juiz, conhecendo a causa, deve aplicar o direito à espécie, consagrada na Súmula nº 456 do STF, no art. 257 do RISTJ e também nos brocardos *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi jus*" (AgInt no REsp 1.364.494/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 17/4/2017 [...]) (Brasil, 2020).

[...] Consoante cediço no STJ, não há falar em julgamento *extra petita* quando o julgador - adstrito às circunstâncias fáticas da demanda (causa de pedir remota) e ao pedido constante nos autos - procede à subsunção normativa

com amparo em fundamentos jurídicos diversos dos esposados pelo autor e refutados pelo réu, o que se coaduna com as máximas contidas nos brocardos *iura novit curia* e da *mihi factum dabo tibi jus*. [...] (Brasil, 2021).

[...] Não se vislumbra o vício de julgamento *extra petita* na hipótese de o Juízo a quo, adstrito às circunstâncias fáticas (causa de pedir remota) e ao pedido constante nos autos, proceder à subsunção normativa com amparo em fundamentos jurídicos diversos dos esposados pelo autor e refutados pelo réu. Precedentes. [...] (Brasil, 2023c).

A existência de vários arestos – e recentes – que possibilitam a aplicação do direito adstrito aos pedidos e fatos (causa de pedir remota), nos parece indicar que é questionada a compreensão do princípio dispositivo atualmente.

Aliás, a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendimento a respeito da interpretação lógico sistemática da petição inicial e a admissão de pedidos implícitos, o que também nos parece enfraquecer a noção de rigidez do princípio dispositivo (que por ele deflui princípios como o da congruência, por exemplo):

[...] Inexiste ofensa ao princípio da congruência nas hipóteses em que o julgador não afronta os limites objetivos da pretensão. Ademais, os pedidos formulados devem ser examinados a partir de uma interpretação lógico-sistemática, conforme os brocardos *da mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos que te darei o direito) e *iura novit curia* (o juiz conhece o direito). Precedentes. Incidência da Súmula 83 do STJ. [...] (Brasil, 2023d).

Isso sem contar a própria vinculação do julgador aos precedentes, caminho que legislador optou (art. 927 CPC/15). Havendo precedente sobre a matéria discutida, salvo exceções de distinção e superação, que dependem de fundamentação adequada (art. 489, §1º, VI, CPC/15), foge da ingerência das partes a vinculação do juízo também aos fundamentos jurídicos discutidos, sobretudo por haver, como anteriormente apresentado, forte posicionamento de estar o julgador adstrito apenas ao fatos e pedido.

Quer dizer, a proposição dos distintos juristas acima citados é deveras interessante, uma vez que geraria maior previsibilidade na sentença judicial. Porém, nos parece que não se implementaria apenas com uma observância ao princípio dispositivo, até porque, como visto, tal princípio vem sendo volátil.

Dessa amostragem de julgados recentes do próprio Superior Tribunal de Justiça, entendemos que, como princípio do procedimento que é o princípio dispositivo, exigir-se-ia a teorização de ordem da técnica processual para que o

campo de atuação do juízo tenha balizas clarificadas e precisamente estabelecidas, tudo isso conjugando, sobretudo, causa de pedir, objeto do litígio, decisão de saneamento, sentença, e receber prescrições formais positivadas, na esteira do que já reconheceu Alois Troller (Troller, 2009, p. 23), em 1945.

De qualquer modo, ainda que se observasse o princípio dispositivo, ele, sozinho, não retira a raiz solipsista contida no brocardo e aí entra o papel do contraditório.

5.3 Contraditório e *iura novit curia*

Tratando sobre o *iura novit curia* e a consequência de a normatividade aplicável ficar ilhada na mente do julgador até a vindoura decisão, Dierle Nunes, com arrimo em Francisco Javier Ganuzas, defende que o contraditório pode servir de limitador a tal situação que, seguramente, surpreenderá as partes:

[...] o *iura novit curia* se manifesta no processo como uma presunção de conhecimento do direito pelo juiz, que desempenha, ao menos, duas funções principais: sintetiza os poderes do juiz e expressa uma regra processual de repartição da atividade probatória (a dos fatos corresponderia às partes e a do direito - quando fosse precisa - ao órgão jurisdicional) [...] **Entretanto, quando o órgão judicial exerce os poderes que lhe confere o princípio *iura novit curia* e altera a qualificação jurídica realizada pelas partes ou a acusação elou as normas consideradas aplicáveis por aquelas, o princípio do contraditório se converte num limite para o juiz.** Sua intervenção não implica, entretanto, um recorte da capacidade do órgão jurisdicional para dar aos fatos que considere provados a qualificação jurídica que estime adequada e, em consequência, para decidir as normas jurídicas que são aplicáveis ao litígio. Porém, impõe-se ao juiz a obrigação de motivar a rejeição da seleção normativa ou da qualificação jurídica efetuada pelas partes e de lhes outorgar a possibilidade de alegar o que estime conveniente se o órgão jurisdicional formula uma terceira opinião modificando a expressada por aquelas em relação ao direito aplicável (grifo nosso, Ganuzas *apud* Nunes, 2008, p. 188).

Digno de nota, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira já havia asseverado que o contraditório prévio deveria ser observado com os sujeitos processuais quando da mudança de valoração jurídica da causa, chegando até mesmo a realçar os prejuízos para administração da justiça em caso de sua inobservância, uma vez que a decisão surpresa só abalaria a fé do cidadão no Judiciário:

“Dentro da mesma orientação, **a liberdade concedida ao Julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não**

dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio em homenagem ao princípio do contraditório. [...]

Aliás, a problemática não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta-se intimamente com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da Justiça. O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder do órgão Judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo⁶⁸, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à Justiça do caso (grifo nosso, Oliveira, 2017, p. 15).

Essa posição de que o contraditório implica na necessidade do diálogo com as partes antes de se proferir a decisão baseada em aspecto não discutido segue na doutrina brasileira de diversos polos de produção científica:

A consagração, pelo modelo processual-constitucional, do contraditório impede o juiz de tomar qualquer decisão sem ouvir as partes a respeito de questões a serem abordadas na decisão. Nessa medida, não se concebe contraditório real e efetivo sem que as partes possam participar da formação do convencimento do juiz, mesmo em relação à matéria cognoscível de ofício. O debate anterior à decisão é fundamental para conferir eficácia ao princípio. [...]

Mesmo a liberdade na aplicação da regra jurídica deve ser examinada à luz do contraditório. O brocardo *iura novit curia* significa a possibilidade de o juiz valer-se de norma não invocada pelas partes, desde que atendidos os limites quanto ao pedido e à causa de pedir. Isso não significa, todavia, desnecessidade de prévia manifestação das partes a respeito, mesmo porque muitas vezes o enquadramento jurídico do fato implica consequências jamais imaginadas pelas partes. Justificável, portanto, a preocupação com a efetividade do contraditório, inclusive quanto à matéria cognoscível de ofício. Basta lembrar das relações de consumo, cujos efeitos, inclusive no âmbito processual, são profundamente diversos daqueles decorrentes de situações regradas pelo direito das obrigações (Bedaque, 2018, p. 162-163).

Há um velho brocardo *iura novit curia* (do Direito cuida a corte). Há, ainda, outro da *mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos, que eu te darei o direito). Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em argumento, uma questão jurídica ou uma questão de fato não postos pelas partes no processo. Perceba: o órgão jurisdicional, por exemplo, verifica que a lei é inconstitucional. Ninguém alegou que a lei é inconstitucional. O autor pediu com base em uma determinada lei, a outra parte alega que essa lei não se aplicava ao caso. O juiz entende de outra maneira, ainda não aventada pelas partes: "Essa lei apontada pelo autor como fundamento do seu pedido é inconstitucional. Portanto, julgo improcedente a demanda". O órgão jurisdicional pode fazer isso, mas deve antes submeter essa nova abordagem à discussão das partes (Didier Jr., 2015, p. 81).

⁶⁸ Nesse ponto, parece que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira se inspirou em Nicolò Trocker, senão vejamos: "(...) ao cidadão a sensação de encontrar no "guardião da lei" [o juiz] um verdadeiro interlocutor que aceita a cooperação para a formação da decisão, e não um simples representante do Poder Público que, do alto, emite uma pronúncia vinculante. Em tal sentido, o diálogo garante a democratização do processo e impede que o princípio do *iura novit curia* seja fonte de uma atitude autoritária ou de um instrumento de opressão (tradução livre)". (Trocker apud Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 411).

O contraditório, aliás, tem essencial importância se levarmos em consideração a falibilidade do juiz humano e o descompasso do *iura novit curia* com a própria construção argumentativa do direito, tal como já destacado por Fernanda Costa Vogt:

[...] ainda que erre, o juiz não pode escusar-se de aplicar o direito. E, para aplicá-lo, precisa antes conhecê-lo. Mas esse conhecimento não é infalível, consideradas as limitações da cognição do juiz-humano, o que põe em xeque o caráter absoluto e inquestionável do *iura novit curia*. Essa, aliás, é uma decorrência lógica do fato de que a própria lei admite a existência de direito impossível de ser conhecido pelo juiz (as hipóteses já mencionadas), sendo também factível que a regra não seja o conhecimento absoluto do direito. Principalmente diante da prodigalidade de leis e reformas legislativas nos sistemas de *civil law*; e sem mencionar direito resultante de precedentes, que muitas vezes são superados em tempo relativamente curto, gerando incertezas quanto à interpretação vigente nos tribunais superiores. Nesses casos, será que não seria prudente que o direito tivesse uma margem mais ampla de conformação pelas partes, principais interessadas na incidência de determinado entendimento? Por isso, a construção argumentativa do direito incidente sobre o caso concreto é muito relevante. O contraditório compreendido como influência cumpre bem esse papel (Vogt, 2022, p. 109-110)

Consoante ao exposto, o contraditório em sua hodierna acepção dimensiona a cognição judicial, dotando previsibilidade e influência das partes.

5.3.1 Dos contornos da previsibilidade e influência: o art. 10 do CPC

O CPC de 2015 previu logo no capítulo das normas fundamentais o art. 10, que assim dispõe: “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” (BRASIL, 2015)

Embora em outras partes da codificação processual tenham sido utilizadas expressões de maior força (e.g. ‘vedado’), o dispositivo também obsta. Ele coíbe o solipsismo judicial, porquanto determina um construir em conjunto: Ouça as partes sobre fundamentos, ainda que relacionados à matéria de conhecimento oficioso, antes de decidir.

A tutela do dispositivo legal, portanto, é do contraditório. Princípio institutivo do processo, como já abordado em tópicos anteriores.

Acontece que, desde a edição do aludido dispositivo parece haver uma polissemia em torno do que realmente quer o art. 10 do CPC estabelecer.

Para se ter uma dimensão de tal quadro, vide os enunciados do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis (FPPC) e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM:

Enunciado 282 - Para julgar em enquadramento normativo diverso daquele invocado pelas partes, ao juiz cabe observar o dever de consulta, previsto no art. 10 (Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis, 2014)

Enunciado 1 - Entende-se por “fundamento” referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes.

Enunciado 6 - Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura, 2015).

Ou, consoante já exposto nesta pesquisa, reveja os recentes entendimentos do Superior Tribunal de Justiça sobre o ‘princípio da vedação da decisão surpresa’ – nominação a qual não concordamos – que circundam elementos de ‘desdobramento natural da causa não exige prévia oitiva da parte’, ‘o ordenamento jurídico é de conhecimento presumido de todos o que afastaria surpresa no uso de fundamento não debatido’,

Toda essa zona cinzenta acaba propiciando que o *iura novit curia* se perpetue. Por isso, é de todo necessário buscar meios de se aclarar o art. 10 do CPC, e assim tentarmos dar a nossa contribuição acadêmica nesse intento.

5.3.1.1 Fundamento

Abordando aspecto curial para leitura do art. 10 do CPC, Swarai Cervone de Oliveira elucida que não é incomum confundir *qualificação jurídica* com *fundamento jurídico*. A qualificação jurídica é a subsunção do fato à norma – ou o enquadramento normativo, ou enquadramento legal. Já o fundamento jurídico é a circunstância de um fato da vida do qual o direito atribui determinada repercussão (Oliveira, 2020, p. 135-143).

Monique Cheker aduz nesse sentido e também aponta para um possível conteúdo do *iura novit curia*:

Convém, por último, a título de esclarecimento, fazer distinção entre fundamento jurídico (que estaria abarcada pela causa de pedir próxima, como salienta a teoria da substanciação) e fundamento legal (ou *nomem iuris*).

Como ensina Greco Filho, este é a norma legal em que se apoia a pretensão. Sua referência, na quase totalidade dos casos, não é exigida pelo Código de Processo Civil, pois compete ao juiz formular o enquadramento legal da hipótese apresentada, podendo-se adotar, nesse caso, o princípio do *iura novit curia*, pelo qual o juiz conhece o direito (Cheker, 2014, p. 46-47).

Evidente que, à vista do exposto, o fundamento jurídico está ligado à causa de pedir, até porque é requisito da inicial, conforme art. 319, III, do CPC.

A causa de pedir, vale rememorar, é dividida em causa de pedir remota e próxima. A primeira diz respeito aos fatos essenciais para os fatos constitutivos do direito do autor que dão suporte ao direito alegado que pretende reconhecer judicialmente. Já a causa de pedir próxima compreende os fundamentos jurídicos – já vistos que não se confundem como meros dispositivos legais – que representam o direito subjetivo material, nascido dos fatos alegados, que se quer a tutela judicial (Greco, 2015, p. 6, 7).

Em específico sobre a causa de pedir próxima, nos dizeres de Rosemiro Pereira Leal, ela se expressa "(...) *pelos fundamentos jurídicos existentes na lei positiva que dão suporte à pretensão manifestada*" (Leal, 2015, p. 202).

Evidentemente que o réu, ao deduzir sua resposta, mormente a contestação, pode apresentar fundamentos jurídicos para repelir o pedido formulado pelo autor.

Esclarecido o que se entende por fundamento jurídico e qualificação jurídica, resta saber a implicação disso na busca de esclarecimento do art. 10 do CPC.

A designação do termo 'fundamento' é aberta e há, do que compreendemos, uma razão para isso.

Se fundamento fosse apenas o fundamento jurídico, a qualificação jurídica ficaria de fora do debate prévio a ser realizado entre partes. Contudo, também na qualificação jurídica, isto é, no enquadramento normativo, pode restar necessário que as partes sejam ouvidas sobre a admissibilidade e até mesmo repercussões da mudança de arcabouço normativo, citando, por exemplo, a aplicação do CDC e reflexos no ônus probatório das partes.

Nesse enfoque, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira já ressaltou que o debate prévio com as partes é importante não só para encontrar a norma aplicável ao caso concreto, como também abordar sua interpretação, evitando surpresas:

[...] a colaboração das partes com o juízo encontra sua razão de ser num plano mais amplo, na medida em que não importa apenas a investigação da norma aplicável ao caso concreto, evitando surpresas e as consequências

negativas daí decorrentes para o exercício do direito de defesa e a tutela de outros valores como a concentração e celeridade do processo e a qualidade do pronunciamento judicial (Oliveira, 2017, p. 14)

Perceptível, nesse aspecto, que desde o início o debate entre os sujeitos processuais é salutar e poder melhorar as fases subsequentes. Se a decisão é construída efetivamente por todos, a própria impugnação recursal, por exemplo, deverá ser aprimorada.

Sob outro prisma, importa frisar que, introduções de fundamentos novos, a depender do momento e fase do processo, podem gerar dificuldades para a parte numa reação técnica, como por exemplo, a impugnação recursal das decisões dos Tribunais Locais, ante o consabido represamento dos recursos para Tribunais Superiores seja pelas súmulas impeditivas de recursos, critérios de repercussão geral (STF) e a novíssima relevância de direito federal infraconstitucional instituída pela emenda constitucional 125 (STJ). Cada vez mais, as instâncias ordinárias serão protagonistas na aplicação do direito e o diálogo entre juiz e partes é mais do que necessário.

O termo fundamento do art. 10 do CPC é mais amplo do que apenas fundamento jurídico. Ele deve ser entendido como *ratio decidendi*, isto é, aspecto de fato ou de direito que é premissa necessária da decisão:

Toda vez que o magistrado não exercitasse ativamente o dever de advertir as partes quanto ao específico objeto relevante para o contraditório, o provimento seria invalidado, sendo que a relevância ocorre se o ponto de fato ou de direito constituiu necessária premissa ou fundamento para a decisão (*ratio decidendi*) (Ferri *apud* Nunes, 2009, p. 230).

Evidentemente que não se busca que a cada novo dispositivo legal, por exemplo, o magistrado tenha de consultar as partes. O critério do fundamento para submissão ao contraditório prévio é da relevância do inédito aspecto fático ou de direito para a subsistência da decisão judicial, em função do contraditório exigir a influência da parte na construção do provimento.

Tomando emprestado expressão de Irineu Strenger (Strenger, 1999, p. 15) para uso no presente trabalho, mantendo-se um *iura novit curia*, a prolação de uma decisão judicial, sobretudo a sentença, seria '*uma aventura incerta*'.

Vale ressaltar, baseado no que já foi exposto por Dierle Nunes, a submissão dos fundamentos relevantes da decisão, isto é, aqueles que a sustentam, não constitui

uma medida protelatória e formalista. A decisão será mais adequada e legítima se todos tiverem debatido os fundamentos relevantes (Nunes, 2009, p. 230-231).

O necessário contraditório prévio em relação ao inédito fundamento relevante, contido no art. 10 CPC/15, expande e perfectibiliza o processo constitucionalizado, o colocando para atuar em sintonia fina com a jurisdição, que por sua vez seria exercida sob uma estrutura procedimentalizada, regulada única e exclusivamente pela lei processual, gerando previsibilidade e segurança para as partes.

Aroldo Plínio Gonçalves assevera que nos sistemas jurídicos que alcançaram certo grau de racionalidade, o critério de aplicação do direito baseado nas qualidades e sabedoria do juiz não mais pode ser perpetuado, dando lugar para aplicação do direito a partir de critérios objetivamente delineados pelas normas do próprio sistema, propiciando que os jurisdicionados tenham segurança jurídica, evitando surpresas com individualidades dos juízes (Gonçalves, 1992, p. 45-46).

Aqui, importa reiterar o que já tratamos no capítulo inicial de que o processo constitucionalizado, enquanto centro da ordem jurídica, expande seu conteúdo democratizador para os demais institutos processuais, tal como a jurisdição. E esta, se conduzida pelo processo naquela acepção, se ressemantiza, dando lugar à judicância, isto é, diz o direito em conjunto com os demais sujeitos processuais, tal como já defendido com refinamento por Vitor Salino de Moura Eça (Eça, 2019, p. 61).

Se o *iura novit curia* nutre forças na jurisdição entendida numa concepção clássica, com a passagem para a judicância, ousa-se dizer que o adágio perde o que lhe sustenta.

Espera-se do juiz a qualificação técnica para conhecer o direito aplicável à controvérsia, porém sua sabedoria jurídica não basta em si mesma. No julgamento do litígio, o direito a ser encontrado, interpretado e aplicado, deve ser construído por todos os sujeitos processuais, assim como determina o princípio do contraditório.

5.4 Da decidibilidade democrática

Muito se tratou até aqui com tom de crítica ao juiz quanto ao uso do *iura novit curia* que, irrefletido, vem atravessando as quadras do tempo e perpetuando uma visão clássica da jurisdição em total descompasso com o horizonte contemporâneo que quer chegar numa democratização processual real, efetiva.

Contudo, ressalva a ser feita, a perpetuação do *iura novit curia*, na nossa perspectiva, não fica apenas na não opção plena do juiz pela democratização processual. Os demais sujeitos processuais, e aqui direcionamos às partes, contam com sua parcela de contribuição⁶⁹.

É que, não raro, as partes adotam postura de negligenciar a apresentação de fundamentos jurídicos aprofundados nas suas manifestações, optando pela apresentação preponderantemente fática, a fim de que o juízo se encarregue da tarefa de identificar os fundamentos jurídicos para resolver a controvérsia, afinal, *iura novit curia*.

Não se olvida a parcialidade da parte e a indiferença desta quanto ao meio utilizado para o desfecho que lhe seja favorável. Porém, também não se pode deixar de levar em consideração que o próprio *iura novit curia* pode se voltar contra àquele que foi beneficiado pelo adágio, o que pode ocorrer no mesmo processo numa fase recursal, por exemplo, ou em outro processo que venha a participar.

Assim, o adágio que institui uma técnica de aplicação do direito, acaba ficando num pêndulo de aceitação/reprovação, balançado apenas pela força exercida pelo dispositivo do *decisum*. Evidentemente, a crítica ao *iura novit curia* não pode se sustentar pelo ônus da derrota.

Os sujeitos processuais (partes e juiz) num processo jurisdicional – via de regra contencioso – não estabelecem entre si elos de profundo coleguismo para que se auxiliem plenamente. O processo jurisdicional não é um passeio no parque. Muito menos tem como função servir para colóquios. Contudo, ainda que não existam auxílios mútuos, ainda assim é possível estabelecer um liame entre os sujeitos processuais, realista à contenda judicial.

A comparticipação, consoante apresentamos em tópico próprio, pressupõe que os sujeitos processuais se relacionem entre si praticando condutas *técnicas* para se chegar ao provimento.

Em relação às partes, cabe a elas a adoção de comportamentos técnicos adequados à solução das questões discutidas no processo.

⁶⁹ Em sentido mais amplo, abrangendo o processo jurisdicional com um todo, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron ponderam que uma solução para a democratização processual não deve vir apenas do juiz, algo que Fritz Baur asseverou em 1965. Deve implicar todos os envolvidos no processo (partes, juiz, MP, Defensoria, auxiliares da justiça), que deveriam passar por preparações técnicas adequadas (Nunes; Bahia; Pedron, 2021, p. 357).

Assim, tanto a observância da formação jurídica adequada quanto o constante aperfeiçoamento propiciam⁷⁰ que as manifestações processuais das partes sejam qualificadas e se direcionem ao direito realmente aplicável para solução das questões postas. Pensar de modo diverso, quer dizer, que as partes não devam ter grandes preocupações na fundamentação jurídica, reacende a lógica do *iura novit curia* de que o domínio do direito é exclusivo julgador.

Ora, se a parte busca participação efetiva, além de que lhe seja franqueado o direito de influir, é necessário que ela assuma o papel de contribuir qualitativamente para a formação do provimento.

Já em relação ao juiz, em atenção ao estudado em parte inicial desta pesquisa, incumbe a ele a direção técnica, orientada pelo processo constitucionalizado, no qual são compatíveis os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio.

Especial atenção deve ser dispensada por todos os sujeitos processuais a respeito do art. 10 do CPC/15, que é a representação do contraditório em sua mais hodierna acepção de abertura argumentativa e consequente influência no provimento.

Essa comparticipação afastará a técnica de decisão solipsista engendrada pelo *iura novit curia*, e abrirá espaço e oportunidade para que se conjecture uma decidibilidade democrática consentânea à judicção.

Não se nega a capacidade e conhecimento jurídico do juiz. No entanto, no desempenho da judicção, o provimento a ser prolatado deve ser, indispensavelmente, construído efetivamente após diálogo com as partes, no ambiente próprio para isso, o processo constitucionalizado.

5.5 Síntese do capítulo

Em derradeiro capítulo, o *iura novit curia* foi submetido ao crivo da crítica.

Enquanto uma técnica solipsista de aplicação do direito, arraigada na noção clássica de jurisdição, aquela não mais se sustenta com a passagem para a constitucionalização do processo.

Foi visto que o adágio vem sendo objurgado por juristas que erigem o princípio dispositivo como um escudo contra a ingerência do juiz na aplicação do direito. Contudo, o princípio dispositivo trabalhado para vincular o magistrado à causa de

⁷⁰ A excelência jurídica inclusive permitirá análise da viabilidade do processo ou sua continuidade, podendo redundar numa busca de autocomposição.

pedir remota e também próxima, recebe flexibilizações pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, que chega a estabelecer como fronteiras para a aplicação do direito pelo juiz, apenas os fatos (causa de pedir remota) e o pedido deduzido.

Quer dizer, o princípio dispositivo, enquanto princípio técnico do procedimento, carece de esclarecimentos de sua amplitude na fase da democratização processual, até mesmo para que não se descambe para o liberalismo ou socialização processual. Nos parece que para o fim de limitar o *iura novit curia* pelo princípio dispositivo seria necessária uma teorização, a fim de conjecturar uma técnica processual para estabelecer, ao juiz, sob prescrições formais, balizas claras e previamente estabelecidas.

Embora se perceba relevo no princípio dispositivo, o contraditório parece ser o maior trunfo para combater o *iura novit curia*. Isso porque, o adágio carrega consigo um fundamento solipsista de aplicação do direito.

O juiz, sujeito processual que prolata a decisão, isto é, o provimento, não deve ficar desvinculado do espaço argumentativo propiciado pelo contraditório, e, portanto, os fundamentos, fáticos ou jurídicos, que forem relevantes, isto é, indispensáveis ao provimento (*ratio decidendi*), devem ser submetidos ao debate prévio com as partes, a fim de que a decisão seja participada.

E aí entra o contraditório, em sua hodierna acepção de influência, que vincula e conduz partes e juiz a um campo argumentativo, com ônus de debate a todos, e onde a decisão deve ser produto dessa interação.

Para que se caminhe no sentido de que a decisão seja fruto do debate de todos os sujeitos processuais, participação e judicção – representações da força expansiva do processo constitucionalizado – se tornam indispensáveis.

A participação, termo apropriado à realidade do processo jurisdicional, exige das partes atuação técnica para que apresentem arrazoados com fundamentos qualitativamente adequados a resolver as questões postas. E ao juízo, implica a direção técnica, que prima pelo debate com as partes.

A judicção, por sua vez, ultrapassa a noção de que, pela jurisdição, cabe ao juiz dizer o direito (o que alicerçou o *iura novit curia* sobretudo na fase moderna do direito). Deve o juiz dizer o direito em conjunto com as partes.

A conjugação, portanto, de participação e judicção, afastará a técnica de decisão solipsista engendrada pelo *iura novit curia*, e abrirá espaço e oportunidade para que se conjecture uma decidibilidade democrática.

6. CONCLUSÃO

Os paradigmas no direito, verdadeiros sistemas jurídicos-normativos estruturantes da organização de um Estado, influenciam a concepção do processo. A história processual, a partir da era moderna do direito, pode ser dividida em três momentos conforme os paradigmas de Estado: liberal, social e de direito democrático, resultando, assim, o liberalismo processual, a socialização processual e a democratização processual.

Se nas fases do liberalismo processual e socialização processual, respectivamente, o processo era um campo duelístico arbitrado por um terceiro do Estado (Juiz) que friamente aplicava a lei, e após tomou para si o processo, tornando-o instrumento para cumprir a tarefa deixada pelo legislador e propiciar bem-estar e paz social, quando do advento da democratização processual restou percebida a falha das fases predecessoras. O processo como coisa das partes ou do Estado era ineficiente.

A mudança paradigmática para um Estado Democrático de Direito (em construção) iluminou um caminho onde não percorrem conformadores da realidade e conformados, mas sim autores-destinatários que devem se inserir no campo de produção da decisão.

O processo nesse caminhar democrático assume protagonismo, se transformando no centro gravitacional da ordem jurídica. E, como protagonista que passa a ser, teorizações que concebem o processo como instrumento, baseadas numa relação jurídica entre os sujeitos processuais e hierarquizada pelo Estado-Juiz, se tornam obsoletas. Quer dizer, não recepcionadas pela nova ordem vigente.

A constitucionalização do processo, assim, entra em cena.

O processo constitucionalizado se funda numa normatividade que defluí de uma base principiológica prevista constitucionalmente, formada por contraditório, ampla defesa, isonomia, fundamentação da decisão e terceiro imparcial.

Esse processo constitucionalizado se expande a todos os ramos do direito processual; se adapta; e se perfectibiliza com as contribuições de leis infraconstitucionais que melhorem as disposições processuais-constitucionais. Também graças à centralidade do processo, os demais institutos codependentes recebem novas diretrizes e se ressemantizam, tal como ação e jurisdição. Esta última

poderá, a partir de então, ser entendida como judicação, caso diga o direito em conjunto com os demais atores e não mais de forma solitária.

O horizonte avistado graças ao processo constitucionalizado permite a concepção de outras vertentes no próprio processo que servem justamente para se efetivar a tão esperada democratização processual.

A divisão de papéis no processo jurisdicional, antes hierarquizada pelo juiz, é revista na medida em que os sujeitos processuais não mais se encontram ligados por sujeição, mas sim para construir um provimento. A participação, nesse aspecto, desempenha um papel de facilitador para o liame existente entre os sujeitos processuais. Ela, longe de auxílios e coleguismos, demanda o agir técnico de todos os sujeitos processuais, visando racionalmente a obtenção do provimento.

E esse provimento não mais pode ser baseado conforme a consciência do decisor e daí a necessidade de se passar sob o filtro do processo constitucionalizado a máxima *iura novit curia* que preconiza: o juiz/tribunal conhece o direito.

Essa máxima secular, com possível embrião no direito romano, veio atravessando as quadras do tempo e recebeu na fase moderna do direito condições ideais para se fortificar, já que a jurisdição naquele período tinha como função aplicar a vontade concreta da lei e cabia ao juiz, sozinho, mediante o silogismo operado em sua mente infensa ao debate intersubjetivo, a função de encontrar o direito que julgava adequado aos fatos trazidos pelas partes.

O *iura novit curia*, nesse passo, engendra uma técnica de decisão e encerra uma aplicação solipsista do direito, tal como ocorria na fase moderna do direito e que persiste ainda hoje, sobretudo no direito brasileiro, afinal, o juiz/tribunal conhece o direito e o encontrará, dentro dos fatos e pedidos das partes, pois a fundamentação jurídica trazida por elas não o vincula, e a nova fundamentação que julga aplicável, devido a critérios demasiadamente voláteis, acaba ficando imune ao debate prévio.

Cabe dizer que o tratamento do *iura novit curia* não vem passando ao largo de pesquisas e críticas. Do que se pôde perceber, o princípio dispositivo vem sendo suscitado com um dos mais importantes freios ao Estado-Juiz quando resolve invocar o adágio para decidir.

Entretanto, a opção pelo princípio dispositivo, que tem como característica ser um princípio estruturador do procedimento, demanda teorização de qual seu conteúdo atual. O processo não mais é mais jogo duelístico entre as partes arbitrado pelo

Estado, muito menos trator publicístico que se sobrepõem quase que ilimitadamente à vontade delas.

Salvo melhor juízo, haveria de se conjecturar, dentro de um conteúdo do princípio dispositivo a ser aclarado na fase da democratização processual, uma teoria de técnica processual, a fim de estruturar um procedimento com balizas claras e previamente estabelecidas e conhecidas por todos, para limitar o campo da aplicação do *iura novit curia*.

Nos parece ser o contraditório o maior argumento para crítica ao *iura novit curia*. O contraditório, hodiernamente substanciado pela influência, repele o solipsismo judicial que está enraizado no *iura novit curia*.

O necessário contraditório prévio em relação ao inédito fundamento de fato ou de direito, tal como determinado pelo art. 10 CPC/15, orienta-se pelo critério da relevância (*ratio decidendi*) e, assim, abarca um feixe maior de situações para as quais a contribuição das partes é indispensável, principalmente quando levamos em consideração que, cada vez mais, as instâncias ordinárias resolverão os litígios civis, devido às recentes mudanças legislativas (EC 125).

O art. 10 do CPC expande e perfectibiliza o processo constitucionalizado, e, assim, o coloca em sintonia fina com a judicção, a ser exercida sob uma estrutura procedimentalizada, regulada única e exclusivamente pela lei processual, gerando previsibilidade e segurança para as partes.

Espera-se do juiz a qualificação técnica para conhecer o direito aplicável à controvérsia, porém seu conhecimento do direito não basta em si mesmo. No julgamento do litígio, o direito a ser encontrado, interpretado e aplicado, deve ser construído por todos os sujeitos processuais, assim como determina o princípio do contraditório.

Ressalva a ser feita, todavia, é que a persistência do *iura novit curia* não está somente no decididor que ainda não optou plenamente pelo processo constitucionalizado e todos os seus reflexos. As partes também têm sua parcela de contribuição. O critério da vitória/derrota não pode ser termômetro para crítica do adágio e, sobretudo, a aplicação do direito pressupõe qualidade nas proposições das partes sobre o direito aplicável ao litígio.

A comparticipação, que exige de todos os sujeitos processuais comportamentos técnicos adequados à solução das questões discutidas no processo, se apresenta para regular a interação entre os sujeitos tanto no tratamento dos fatos

quanto do direito, afastando a técnica de aplicação de direito engendrada pelo *iura novit curia* e abrindo espaço e oportunidade para que se conjecture uma decidibilidade democrática consentânea à judicção. O *iura novit curia*, nesse caminhar, seria remetido à história do direito processual, onde tradições embotadas pelo tempo devem permanecer.

Não se nega a capacidade e conhecimento jurídico do juiz. No entanto, no desempenho da judicção, o provimento a ser prolatado deve ser, indispensavelmente, construído efetivamente após diálogo com as partes, no ambiente próprio para isso, o processo constitucionalizado.

7. REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AMPUERO, Iván Hunter. Reseña de "Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda" de GUILLERMO ORMAZÁBAL SÁNCHEZ. **Revista de Derecho**, Valdivia. Vol. XXII, n.º 2, p. 277-279, dez. 2009. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173714177017> Acesso em: 19 jul. 2023.

AMPUERO, Iván Hunter. Iura novit curia en la jurisprudencia civil chilena. **Revista de Derecho**, Valdivia, vol. 23, n. 2, p. 197-221, dez. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n2/art10.pdf> Acesso em: 19 jul. 23.

ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de Processo**, São Paulo, v.22, n.87, p.63-69, jul 1997.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre princípios e regras. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 4, n. 01, p. 04–24, 2017. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/RDFG/article/view/13876> Acesso em: 6 jul. 2023.

BAHIA, Alexandre; BACHA E SILVA, Diogo; PEDRON, Flávio Quinaud. (Re)Construção do princípio do contraditório: um diálogo entre a Escola Mineira de Processo e Nicola Picardi *in*: DUTRA, Leonardo Campos Victor; DUTRA, Leonardo Campos Victor (Coord.). **Teoria crítica do processo: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2018.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. TEORIA GERAL DO PROCESSO CONSTITUCIONAL. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 62, p. 135 – 200, jan/mar. 2008, disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000018918b868405b402ea7&docguid=I64439c10463d11e5be9f010000000000&hitguid=I64439c10463d11e5be9f010000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 20 abr. 2023.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. PROCESSO E CONSTITUIÇÃO: O DEVIDO PROCESSO LEGAL. **Revista dos Tribunais**. São Pulo, vol. 1, p. 119, out. 2011, disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000018b629b0e72e64f4f4a&docguid=I21bd91e0428a11e58548010000000000&hitguid=I21bd91e0428a11e58548010000000000&spos=4&epos=4&td=5&co>

[ntext=54&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](#)
Acesso em: 20 abr. 2023.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O princípio da imparcialidade a partir da compreensão do modelo constitucional do processo. *In*: THEODORO JÚNIOR, Humberto (coord.). **Processo e constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

BAUR, Fritz. DA IMPORTÂNCIA DA DICÇÃO "IURIA NOVIT CURIA". **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 3, p. 169-177, jul/set. 1976. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srqid=i0ad82d9a0000018918ebab15f5e44ec4&docguid=I341312102d5511e0baf30000855dd350&hitguid=I341312102d5511e0baf30000855dd350&spos=2&epos=2&td=4&context=96&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>
Acesso em: 28 jun. 23.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Elementos da Demanda, Correlação e Contraditório. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, vol. 20, n.º 1, p.-148-163, jan/abr. 2018. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n1/revista_v20_n1_148.pdf Acesso em: 01 out 2023.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998.

BONFIM JUNIOR *et al.* A coisa Julgada em Fazzalari. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). **O ciclo teórico da coisa julgada: de Chiovenda a Fazzalari**. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

BRASIL. Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf> Acesso em: 22 jun. 23.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Acórdão RECURSO ESPECIAL Nº 1.535.727 - RS**. Ementa: (...) 4. Não há falar em julgamento *extra petita* em virtude de o Tribunal de origem ter considerado como razões de decidir argumento atinente à mudança unilateral da abrangência territorial da cláusula de raio ocorrida em 2002, porquanto o julgador, para formar seu convencimento, não está adstrito à "causa petendi" remota (fundamento jurídico), mas sim à causa de pedir próxima ou imediata, ou seja, a todo o arcabouço fático-probatório que permeia a demanda. (...). Relator: Ministro Marco Buzzi. 10 mai. Brasília: STJ [2016]. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1510634&num_registro=201501306323&data=20160620&formato=PDF
Acesso em 01 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Acórdão EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.280.825 – RJ**. Ementa: (...) 2. 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.(...)

Relatora: Ministra Maria Isabel Galloti. Brasília: STJ [2017a] Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.exe/ITA?seq=1616785&tipo=0&nreg=201101903977&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJqdr=&dt=20170801&formato=PDF&salvar=false> Acesso em: 28 jun. 23.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Acórdão do AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.364.494 – SP**. Ementa: (...) 6. Não há julgamento extra petita quando o julgador, atendo-se aos fatos narrados (causa de pedir próxima) empresta-lhes qualificação jurídica não indicada expressamente pela parte (causa de pedir remota). Vige, nesses casos, a máxima segundo a qual o juiz, conhecendo a causa, deve aplicar o direito à espécie, consagrada na Súmula nº 456 do STF, no art. 257 do RISTJ e também nos brocardos iura novit curia e da mihi factum dabo tibi jus. (...). Ministro Moura Ribeiro. 28 mar. 2017. Brasília: STJ [2017b] Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200838416&dt_publicacao=17/04/2017 Acesso em 01 out. 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Acórdão do AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1473642 - PR**. Ementa: (...)3. A instância ordinária proclamou o entendimento de que a aplicação correta do diploma legal ao presente caso não significa julgar de maneira extra ou ultra petita, senão dar aos fatos o direito apropriado, com fundamento na máxima da mihi factum, dabo tibi jus. 4. A conclusão da Corte de origem está em harmonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça segundo a qual "não há julgamento extra petita quando o julgador, atendo-se aos fatos narrados (causa de pedir próxima) empresta-lhes qualificação jurídica não indicada expressamente pela parte (causa de pedir remota). Vige, nesses casos, a máxima segundo a qual o juiz, conhecendo a causa, deve aplicar o direito à espécie, consagrada na Súmula nº 456 do STF, no art. 257 do RISTJ e também nos brocardos iura novit curia e da mihi factum dabo tibi jus" (AgInt no REsp 1.364.494/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 17/4/2017). (...). Relator Ministro Og Fernandes. 13 out. 2020. Brasília: STJ. [2020].

Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=116956109®istro_numero=201401997483&peticao_numero=201900021683&publicacao_data=20201022&formato=PDF
Acesso em: 01 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Acórdão RECURSO ESPECIAL Nº 1.747.956 - SP**. Ementa: 1. Consoante cediço no STJ, não há falar em julgamento extra petita quando o julgador — adstrito às circunstâncias fáticas da demanda (causa de pedir remota) e ao pedido constante nos autos — procede à subsunção normativa com amparo em fundamentos jurídicos diversos dos esposados pelo autor e refutados pelo réu, o que se coaduna com as máximas contidas nos brocardos *iura novit curia* e da *mihi factum dabo tibi jus* (...). Relator Ministro Luis Felipe Salomão. 15 jun. 2021. Brasília: STJ [2021]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1920931&num_registro=201801447050&data=20210830&formato=PDF Acesso em 01 out. 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Acórdão REsp Nº 1.957.652 – SP**. Ementa: (...) 4. 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 (art. 10 do CPC/15). 5. O princípio da não surpresa, constante no art. 10 do CPC/2015, não é aplicável à hipótese em que há adoção de fundamentos jurídicos contrários à pretensão da parte com aplicação da lei aos fatos narrados. Precedente. 6. Hipótese concreta em que a conclusão alcançada pelo acórdão recorrido – no que concerne à impossibilidade jurídica do pedido – decorreu exclusivamente da análise da causa de pedir e do pedido constantes da petição inicial, caracterizando-se como desdobramento natural da demanda instaurada, não havendo falar em afronta ao princípio da não surpresa. 7. Descabe falar em decisão surpresa quando o julgador, analisando os fatos, o pedido e a causa de pedir, bem ainda os documentos que instruem a demanda, aplica o posicionamento jurídico que considera adequado para a solução da lide. Precedentes.(...) Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília: STJ [2022]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2137115&num_registro=202100090081&data=20220218&formato=PDF Acesso em: 28 jun. 23.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Acórdão do AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2381899 – SC**. Ementa (...) 2. Assim, inexistem os vícios elencados no art. 1.022 do NCPC, sendo forçoso reconhecer que a pretensão recursal ostenta caráter nitidamente infringente, visando rediscutir matéria que já foi analisada. A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte.(...) Ministro Mauro Campbell Marques. 17 out. 2023. Brasília: STJ [2023a] Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301859887&dt_publicacao=19/10/2023 Acesso em: 28 jun. 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **Acórdão EDcl nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.213.143 – RS**. Ementa: (...) II - Diante da ausência de dimensão absoluta do princípio da não surpresa, equivocada a interpretação que conclua pela sua aplicação automática e irrestrita. Não ofende o art. 10 do CPC/2015 o provimento jurisdicional que dá classificação jurídica à questão controvertida apreciada em sede de embargos de divergência. Rejeitado o

pedido de nulidade, resta prejudicada a apreciação do requerimento de afetação da questão à sistemática dos recursos repetitivos. III - A jurisprudência deste Superior Tribunal é pacífica acerca da necessidade de demonstração do efetivo prejuízo para que se possa decretar nulidade de julgamento, o que não ocorreu no caso em tela. (...) Relatora Ministra Regina Helena Costa. Brasília: STJ [2023b]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2204311&num_registro=201001778782&data=20230213&peticao_numero=202200110261&formato=PDF
Acesso em: 28 jun. 23.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [quarta turma]. **Acórdão do AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 758675 - SC**. Ementa: (...) 2. Não se vislumbra o vício de julgamento extra petita na hipótese de o Juízo a quo, adstrito às circunstâncias fáticas (causa de pedir remota) e ao pedido constante nos autos, proceder à subsunção normativa com amparo em fundamentos jurídicos diversos dos esposados pelo autor e refutados pelo réu. Precedentes. (...). Relator Ministro Raul Araújo. 13 fev. 2023. Brasília: STJ [2023c]
Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=178041124®istro_numero=201501949820&peticao_numero=202200984032&publicacao_data=20230224&formato=PDF
Acesso em 01 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Acórdão do AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2253953 - TO**. Ementa: (...)2. Inexiste ofensa ao princípio da congruência nas hipóteses em que o julgador não afronta os limites objetivos da pretensão. Ademais, os pedidos formulados devem ser examinados a partir de uma interpretação lógico-sistemática, conforme os brocardos da mihi factum dabo tibi ius (dá-me os fatos que te darei o direito) e iura novit curia (o juiz conhece o direito). Precedentes. Incidência da Súmula 83 do STJ. (...). Relator Ministro Marco Buzzi. 26 jun. 2023. Brasília: STJ [2023d] Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=196175418®istro_numero=202203698376&peticao_numero=202300373418&publicacao_data=20230630&formato=PDF
Acesso em 01 out. 2023.

BROOKER, Douglas, "Va Savoir! - The Adage "Jura Novit Curia" in Contemporary France". (October 30, 2005). **bepress Legal Series**. bepress Legal Series.Working Paper 845. Disponível em: <https://law.bepress.com/expresso/eps/845> Acesso em: 19 jul. 2023.

CARVALHO, Welinton. Direito Comparado: método ou ciência. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 45, n. 180, p. 139-145, out/dez. 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176559> Acesso em: 19 jul. 23.

CHEKER, Monique. **Reflexões sobre a causa de pedir: no direito processual brasileiro**. Brasília, DF: ESMPU, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 1. ed. Campinas

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O PROCESSO CIVIL NO ESTADO CONSTITUCIONAL E OS FUNDAMENTOS DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 209, p. 349 – 374, jul. 2012. Disponível em:

<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000018936d41e8155198187&docguid=I163f8550cb1c11e1b7dc00008517971a&hitguid=I163f8550cb1c11e1b7dc00008517971a&spos=1&epos=1&td=1&context=40&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>
Acesso em: 08 jul. 23.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3ª ed., rev. e ampl., Belo Horizonte, Del Rey, 2015.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. COOPERAÇÃO PROCESSUAL E CONTRADITÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto**. Porto, n.º 10 (nova série), pag. 2-13, 2017. Disponível em: <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/6301/3834> Acesso em: 01 set. 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, BA: Juspodivm, 2015.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. ***Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro***. Editora Revista dos Tribunais (coleção o novo processo civil / coordenadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero), 2016.

DUTRA, Leonardo Campos Victor. Processo Constitucional, Devido Processo Legal e as Funções do Estado Democrático de Direito. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). **Direito processual**. Belo Horizonte, MG: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2011.

EÇA, Vitor Salino de Moura. **Prescrição intercorrente no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

EÇA, Vitor Salino de Moura. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo. Editora LTr. 2019.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM). **Enunciados sobre o novo CPC. 2015**. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2023.

FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS (FPPC). **Enunciados sobre processo civil**. 2014. Disponível em: <https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2022/03/enunciados-fpcc-2022-1.pdf> Acesso em: 22 ago. 2023.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Volume II, 3ª Ed., Forense, Rio de Janeiro, 2015.

GREGGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 206, p. 123-134, abr. 2012.

Disponível em:

<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srqid=i0ad6adc60000018b2f906c6881fea5d7&docguid=lc391496089da11e1911400008517971a&hitguid=lc391496089da11e1911400008517971a&spos=8&epos=8&td=56&context=30&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>

Acesso em: 12 ago 2023.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume I, Trad. Flávio Beno Siebeneichlher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

ITÁLIA, REGIO DECRETO 28 ottobre 1940. **Codice di procedura civile**. [1940].

Disponível em:

<https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/proceduraCivile>

Acesso em: 22 jun 23.

JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; VARGAS, Cirilo Augusto. Da decisão-surpresa no Processo Civil. **Revista de Informação**

Legislativa: RIL, Brasília, v. 56, n. 221, p. 13-36, jan/mar. 2019. Disponível em:

http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p13 Acesso em: 30 abr 2023.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14ª ed. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2015.

MACAU. Decreto-Lei n.º 55/99/M. **Código de Processo Civil**. [1999]. Disponível em: <https://bo.io.gov.mo/bo/i/99/40/codprocipt/> Acesso em: 22 jun. 23.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Iura Novit Curia: A máxima e o mito**. Salvador. JusPodvm. 2020 .

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2009.

MOULINES, C. Ulisses. **Popper e Kuhn – Dois gigantes da filosofia da ciência do século XX**. Trad. Filipa Velosa. Ed. Salvat, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo horizontes para a democratização processual civil**. 2008. 217 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf. Acesso em: 12 ago. 2023.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho; DELFINO, Lúcio. Novo CPC, O caballo de Tróya? iura novit curia e o papel do juiz. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 87, p. 205-201, 2014. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/lura-novit-curia.pdf> Acesso em: 29 jun. 23

NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**, v. 8. Salvador, Editora Juspodvm. 2016.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre, PEDRON, Flávio. **Teoria Geral do Processo**. 2ª ed. rev. atual. e ampl, Salvador, JusPodivm. 2021.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A Garantia do Contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, n. 15, 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/70385> Acesso em: 19 out. 2023.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Iura novit curia e contraditório no processo civil atual**. 1ª ed., Belo Horizonte, D'Plácido, 2020.

PEDRON, Flávio Quinaud. A teoria discursiva do Direito e da democracia de Jürgen Habermas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3935, abr. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27387> Acesso em: 11 out. 2023.

PEIXOTO, Ravi. Os caminhos e descaminhos do princípio do contraditório: a evolução histórica e a situação atual. **Revista dos Tribunais Online**. São Paulo, vol. 294, p. 121 – 145, ago. 2019. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000018918c41cdd1c60d3d8&docguid=Id1dae260a84a11e9a08901000000000000&hitguid=Id1dae260a84a11e9a08901000000000000&spos=10&epos=10&td=32&context=50&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em 27 jun 2023.

PIMENTA, Marcus Vinícius. PROCESSO CONSTITUCIONAL Consonâncias e Dissonâncias entre as proposições de Couture, Fix-Zamudio, Baracho, Andolina e Vignera. **Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas**. Belo Horizonte, vol. 23, n.º 45, 2020.
Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/22554>
Acesso em 22 abr. 2023.

PORTUGAL, Lei n.º 41 de 26 de Junho de 2013. **Código de Processo Civil**. Lisboa. [2013]. Disponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis
Acesso em: 27 jun. 23.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; RADKE, Rafael Wagner. Habermas e a tentativa procedimental de superação da discricionariedade judicial. **Revista Brasileira De Estudos Políticos**. Belo Horizonte, Vol. 115. p. 81-108, jul-dez. 2017.
Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/473>
Acesso em: 01 out 2023.

THEODORO JUNIOR; Humberto. NUNES, Dierle. UMA DIMENSÃO QUE URGE RECONHECER AO CONTRADITÓRIO NO DIREITO BRASILEIRO: SUA APLICAÇÃO COMO GARANTIA DE INFLUÊNCIA, DE NÃO SURPRESA E DE APROVEITAMENTO DA ATIVIDADE PROCESSUAL. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 168, p. 107 – 141, Fev. 2009.
Disponível em:
<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000018b62ae21890e507324&docguid=lb667d9a0f25711dfab6f010000000000&hitguid=lb667d9a0f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=124&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>
Acesso em: 20 abr. 2023.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz. **A causa petendi no processo civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2009.

TROLLER, Alois. **Dos fundamentos do formalismo processual civil**. Trad. Carlos. Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe. 2009

SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do Contraditório e Vedação de Decisão Surpresa**. Grupo GEN, 2017. 9788530978037. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978037/>. Acesso em: 12 ago. 2023.

SILVA, Ovídio Araujo Batista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Ed. Revista dos Tribunais, 1997

SOUZA, Carlos Aurelio Mota. Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Vol. 7, n.º 2, p. 355-376, 2006.

Disponível em:

<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/345/338>

Acesso em: 28 abr. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** - 4. ed. rev. Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2013.

STRENGER, Irineu. **Lógica jurídica**. São Paulo: LTR, 1999.

TORRES, Tiago Henrique. **O conceito de jurisdição: análise crítica a partir do processualismo constitucional democrático**. 2021. 385 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em:

<http://bib.pucminas.br:8080/pergamumweb/vinculos/0000af/0000af5b.pdf>.

Acesso em: 02 jun. 2023

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. **Da ação cível**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VOGT, Fernanda Costa. **Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos** - 2. ed., rev., atual. e ampl. / 2022

WEBER, Max; COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber: sociologia**. 7ª. ed. São Paulo: Ática, 2004.