

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

MAGNO FEDERICI GOMES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC - Rio Grande do Sul) Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Magno Federici Gomes; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-148-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O II Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado nos dias 02 a 08 de dezembro de 2020, objetivou o fortalecimento e a socialização da pesquisa jurídica, mesmo durante o isolamento social. Teve como tema geral: Direito, Pandemia e Transformação Digital: novos tempos, novos desafios.

Esta publicação é derivada da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI e docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação stricto sensu no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, realizado em 05 de dezembro de 2020, teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos doze trabalhos, efetivamente debatidos, dos quais nove integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos: pandemia e processo; constitucionalização do processo e processos coletivos, individuais e extrajudiciais.

No primeiro bloco, denominado pandemia e processo, iniciaram-se os trabalhos com A IMPORTÂNCIA DA CONCILIAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA, de autoria de Galdino Luiz Ramos Junior, Giovana Benedita Jaber Rossini Ramos e Rute Rodrigues Barros de Abreu, que apresentou os princípios da conciliação e os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) sobre o irrisório êxito na autocomposição no referido Estado membro durante o isolamento social. Após, debateu-se AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA DECISÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA, de José Miguel Garcia Medina, Anna Fernanda Scalla Menotti e Julia Izabelle Toneto Romano Maziero que, a partir do círculo hermenêutico, estudou como deve ser interpretada a análise das consequências práticas das decisões judiciais, a partir da técnica da ponderação (coerência, proporcionalidade e razoabilidade).

No segundo eixo, chamado constitucionalização do processo, apresentaram-se quatro artigos científicos, iniciando-se por CIÊNCIA INEQUÍVOCA E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, de autoria de Alana Caroline Mossoi, Kamila Rezende e Celso Hiroshi Iocohama, um dos coordenadores do Grupo de Trabalhos, que fez

um adequado desenvolvimento do instituto da ciência inequívoca, bem como a sua leitura de acordo com os princípios constitucionais do processo. Após, debateu-se o ÔNUS ARGUMENTATIVO E DIALETICIDADE NOS PRECEDENTES JUDICIAIS, SOB A ÓTICA DO PROCESSO COOPERATIVO, de Vinicius Vilela dos Santos e Luiz Fernando Bellinetti, que estudou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o ônus das partes em cumprir o princípio recursal da dialeticidade. Por sua vez, A DIALETICIDADE PROCESSUAL E OS AFORISMOS IURA NOVIT CURIA E DA MIHI FACTUM, DABO TIBI IUS, de Kelly Cardoso, Laís Silva Zimiani e Miriam Fecchio Chueiri, valoriza a dialeticidade processual para efetivar a proibição da decisão surpresa, concluindo que os aforismos não outorgam superpoderes ao Juiz. Depois, o texto a FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UM MEIO PARA PROTEGER OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, de Isabela Franco Arruda Brasil e Thaís Andressa Carabelli, faz um contraponto entre o vício de fundamentação das decisões judiciais e o interesse público, quando o direito de um incapaz está em litígio.

No derradeiro bloco, intitulado processos coletivos, individuais e extrajudiciais, o primeiro trabalho OS REFLEXOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL PARA O DELINEAMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL: PERSPECTIVAS DO PROCESSO CIVIL TRANSINDIVIDUAL, de autoria de Ricardo Benvenhu e Luiz Fernando Bellinetti, utilizou-se da teoria do diálogo das fontes para desenvolver o acordo de não persecução cível, com base no seu similar criminal. O segundo artigo foi os 25 ANOS DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS (9.099/1995): CONSIDERAÇÕES SOBRE A NORMA DO ARTIGO 14 E O ACESSO À JUSTIÇA, de Francisco de Assis Diego Santos de Souza, que analisou o atermção e o acesso à justiça nas causas de pequeno valor, demonstrando a importância dos Juizados Especiais na jurisdição brasileira. Finalmente, o texto USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: UMA DAS PRINCIPAIS INOVAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, de Regiane Nistler e Jéssica Cindy Kempfer, pretendeu dar publicizar ao instituto da usucapião extrajudicial.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade desta publicação é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados ao processo, à jurisdição, à efetividade da justiça e ao direito processual sustentável, no qual a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para

expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com o processo, a jurisdição e a efetividade da justiça. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Em 09 de dezembro de 2020.

Os Coordenadores:

Professor Dr. Magno Federici Gomes

Docente titular do PPGD da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

magnofederici@gmail.com

Professor Dr. Celso Hiroshi Iocohama

Docente titular do PPGD da Universidade Paranaense (UNIPAR)

celso@prof.unipar.br

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador e Docente titular do PPGD e do PPGMCult da Universidade FUMEC e do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

sergiohzhf@fumec.br

Nota técnica: O artigo intitulado “A DIALETICIDADE PROCESSUAL E OS AFORISMOS IURA NOVIT CURIA E DA MIHI FACTUM, DABO TIBI IUS” foi indicado pelo Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense - UNIPAR, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A DIALETICIDADE PROCESSUAL E OS AFORISMOS IURA NOVIT CURIA E DA MIHI FACTUM, DABO TIBI IUS

THE PROCEDURAL DIALECTICITY AND THE APHORISMS IURA NOVIT CURIA E DA MIHI FACTUM, DABO TIBI IUS

Kelly Cardoso ¹
Laís Silva Zimiani ²
Miriam Fecchio Chueiri ³

Resumo

O processo civil valoriza o contraditório e o dever de observância da dialeticidade por todos os sujeitos processuais. O exercício dos aforismos iura novit curia e da mihi factum, dabo tibi ius deve ser redimensionado à realidade do processo civil, precedido pelo efetivo contraditório, a fim de garantir a incolumidade das posições jurídicas dos sujeitos processuais de forma participativa na busca pelo resultado útil do processo. A pesquisa foi pautada pelo método dedutivo mediante revisão bibliográfica, assim como pela análise legislativa e jurisprudencial sobre o tema.

Palavras-chave: Processo civil, Dialeticidade, Iura novit curia, Contraditório, Decisão-surpresa

Abstract/Resumen/Résumé

The civil process values the contradictory and the duty of observance of dialecticity by all procedural subjects. The exercise of the aphorisms iura novit curia and da mihi factum, dabo tibi ius must be resized to the reality of the civil process, preceded by the effective contradictory, in order to guarantee the safety of the legal positions of the procedural subjects in a participatory way in the search for the useful result of the process. The research was guided by the deductive method through bibliographic review, as well as by the legislative and jurisprudential analysis on the theme.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil procedure, Dialecticity, Iura novit curia, Contradictory, Surprise decision

¹ Bolsista Capes PNPd do Programa de Mestrado em Processo e Cidadania da UNIPAR. Doutora em Direito Privado pela PUMinas. Mestra em Direito pela UNIPAR. Advogada.

² Mestranda do Programa de Processo e Cidadania na UNIPAR. Especialista em Direito Digital e Processo Civil pela UNIPAR. Advogada.

³ Doutora em Direito pela PUCSP. Mestra em Direito pela UEL. Professora permanente do Programa de Mestrado em Direito e Cidadania da UNIPAR. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 prevê expressamente a valorização do texto constitucional de 1988, reforçando a aplicação de princípios constitucionais, especialmente, do contraditório e ampla defesa, do devido processo legal, da cooperação processual, da segurança jurídica e da fundamentação das decisões judiciais.

É evidente que princípios, igualmente relevantes, foram incorporados no texto do vigente Codex, enriquecendo a contextualização do processo civil, como o da paridade de armas e da boa-fé processual, ainda, estimulando a construção de um processo cada vez mais dialético e sem protagonismos.

Importante, nesse contexto, a análise da evolução do conceito filosófico sobre a dialética para chegar-se à concepção jurídica sobre a dialética e sobre o seu papel fundamental para a consecução do processo. A dialeticidade processual, reforçada pelo princípio da cooperação processual, tornou-se imperativa com a nova sistemática, rechaçando-se os formalismos e afastando-se o entendimento arcaico de que o processo deve ser um “mero instrumento” para a estrita “pacificação social”, por meio de ordens judiciais.

O sistema processual civil contemporâneo reforça, portanto, o dever de observância de um procedimento interacional e dialético tanto pelos julgadores, quanto pelas partes, em que deve ser garantida a influência dos sujeitos processuais para que o resultado útil do processo e a resposta judicial adequada sejam proporcionados ao jurisdicionado.

Com as inovações do vigente texto processual, torna-se indispensável a observância da dialética processual frente à aplicação dos brocardos *iura novit curia* (o juiz conhece o Direito) e *da mihi factum, dabo tibi ius* (dá-me os fatos que lhe darei o Direito), com foco na reavaliação da atividade jurisdicional diante dessa nova dinâmica processual, bem como a perquirição da ocorrência de violação da vedação das decisões-surpresa.

A pesquisa pretende investigar se as inovações do vigente Código de Processo, por meio da sistemática de valorização da dialética processual, poderia ocasionar a mitigação, o redimensionamento ou ainda a digressão dos aforismos *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius*, a fim de verificar se será garantida a vedação da violação das decisões-surpresa.

A investigação deve pautar-se, nesse contexto, aos conceitos e limites da aplicação dos brocardos supramencionados no processo civil, assim como a

obrigatoriedade normativa expressa de observância do contraditório processual, que em conjunto com o dever de esclarecimento e alerta do juiz, atuarão como verdadeiros garantidores da vedação das decisões-surpresa.

2 NOÇÕES FILOSÓFICAS SOBRE A COMPREENSÃO DA DIALÉTICA

A compreensão do significado de dialética e da noção de seu conteúdo, passou por incontáveis investigações no decorrer da história, especialmente no campo da filosofia, sem contudo chegar num modelo estanque, e foi desenvolvida, a partir dos conceitos filosóficos precedentes, no campo da filosofia do Direito.

A dialética na Grécia antiga, significava a arte do diálogo. Passando a ser compreendida como a arte de, no diálogo, “demonstrar uma tese por meio de uma argumentação capaz de definir e distinguir claramente os conceitos envolvidos na discussão” (KONDER, 2008, p. 07-08).

Sócrates praticava o método da discussão dialética por meio de perguntas e respostas, também empregado pelos sofistas e levou tal método a uma perfeição técnica maior por meio de uma série de procedimentos lógicos, dos quais o primeiro foi o da “refutação”, que visava a demonstrar o caráter contraditório e, portanto, insustentável de uma opinião examinada (SCHOPENHAUER, 2009, p. 84).

Para Aristóteles a dialética é um ponto de vista capaz de levar ao consenso, entendido como um método para discutir adequadamente qualquer argumento possível. O termo que mais lhe corresponde é o de *dialela*, tal como foi proposto por Aristóteles, como arte de discorrer ou argumentar por problemas e contraposições, e que também se denomina tópica (REALE, 2002).

Para Hegel, em síntese, a “dialética deve ser entendida como uma constante negação onde o ser negado não é eliminado, destruído, mas sempre remetido a uma nova síntese pela mediação da própria contradição da qual é portador imanente” (CIOTTA, 1994, p. 18). A dialética hegeliana é um sistema de compreensão da realidade, perfazendo-se em um processo de contínuo movimento em que o antecedente (tese) se supera e conserva no precedente (antítese), se transformando em um novo antecedente (síntese), a ser novamente superado e conservado, em um ciclo de crescente determinação (FERREIRA, 2013, p. 183).

Nos Manuscritos Econômico-Filosóficos (*Ökonomisch-philosophische Manuskripte* - 1844), em especial no terceiro manuscrito, intitulado “Crítica da Dialética e da Filosofia Hegelianas em Geral”, Karl Marx critica a dialética especulativa

de Hegel, afirmando ser um método de exposição do movimento lógico, espiritual, conceitual, e de sua autodeterminação, que não dá conta da realidade concreta, do homem e da natureza (CHAGAS, 2011, p. 61).

Para o materialista histórico, a dialética ostenta um caráter nitidamente metódico. Afasta-se dos pressupostos idealistas da dialética hegeliana e desloca a dialética para a esfera do entendimento, utilizando a lógica dialética, no modo como a concebe, em lugar da estrutura lógica tradicional da ciência moderna como método de análise crítica no campo da economia política.

Schopenhauer ignora a utilidade sustentada por Aristóteles, identificando a dialética como a própria erística, isto é, como um mero instrumento argumentativo, a serviço tanto do verdadeiro como do falso, como uma arma para prevalecer sobre o interlocutor, independentemente da razão ou da falta dela (SCHOPENHAUER, 2009, p. 94-95).

Nesse sentido, a intenção não é a de esgotar todas as concepções filosóficas sobre dialética, porém destacar que a dialética é objeto de estudo constante e constituída por uma série de posicionamentos filosóficos que se complementam e se excluem, o que proporcionou elementos essenciais para o desenvolvimento da dialética no contexto do Direito.

Assim, a dialética constitui instrumento preponderante para o regular desenvolvimento do Direito, entendido como ciência humana aplicada, deve ser compreendida como um fenômeno real a ser observado e dentro dos limites das regras do jogo, num processo judicial.

3 A DIALÉTICA COMO NOVA ORDEM NO PROCESSO CIVIL

Para o Direito não bastam os restritos e limitados contornos da dialética de contradição visualizada pelos citados filósofos, mesmo porque seria impossível conceber o processo como um mero instrumental formal para o exercício de argumentações contrárias e contraditórias com o fim de gerar novas teses e antíteses. A compreensão do Direito demanda o exercício dinâmico da dialeticidade, como meio de evitar formalismos e buscar sua concretização.

Isso porque ao lado dessa dialética de contradição, deve-se ressaltar a dialética de complementaridade, vez que impede a conciliação de elementos contraditórios e compreende o processo histórico, não como uma sucessão de sínteses que se imbricam através de novas teses e antíteses, mas como um processo sempre aberto, no qual os

fatores opostos se implicam e se complementam, sem jamais se reduzirem um ao outro, ao contrário do que ocorre na dialética hegeliano-marxista (REALE, 2002, cap. VIII).

Também não há como aceitar a concepção schopenhauriana sobre a dialética para a compreensão do Direito e, menos ainda, deve-se compreender o processo como um mero instrumento argumentativo erístico - como se poderia inferir de uma arcaica concepção processual. Significa dizer que não se deve entender o processo como um meio para utilização de argumentos artificiosos que prevalecem sobre outros, sendo verdadeiros ou falsos, baseados na razão ou na ausência dela.

Calamandrei (2003, p. 278), em 1944, contribuiu de forma peculiar para a compreensão da dialeticidade do processo, explicando-a no contexto da relação processual. Afirma o autor que pode-se entender o processo como dialético, em razão do desenvolvimento da luta de ações e reações, de ataques e defesas, em que cada um dos sujeitos provoca, com sua própria atividade, o movimento dos outros sujeitos, esperando deles, em seguida, um novo impulso para colocar-se em movimento por sua vez. Portanto, cada um dos sujeitos se submete até alcançar o objeto comum.

Ainda que admita a colaboração entres os sujeitos processuais com o objetivo de alcançar um objeto comum, Calamandrei (2003, p. 232) assevera que o centro da relação processual está no dever do juiz de prover, e o correspondente direito das partes, de conseguir que ele proveja, sendo certo que o conteúdo concreto desta obrigação do juiz se adequa, dialeticamente em correspondência com as situações jurídicas criadas pela atividade concorrente, segundo a variável pontuação de “seu jogo”.

Verifica-se, contudo, que o citado posicionamento doutrinário é deveras antigo e corresponde a uma visão notadamente adversarial (e superada) do processo, como se funcionasse como um jogo fosse (já que compara o processo a modalidades esportivas) identificando o juiz como o grande protagonista da relação processual, a quem é atribuído o dever de “prover o direito”.

A dialética baseada na moderna concepção de cooperação processual vai além dessa ideia adversarial, competitiva, em que o juiz decide quem “vence ou perde” na relação processual. Os princípios constitucionais e processuais civis informadores do processo dialógico moderno são o princípio do contraditório dinâmico - e sua aplicação como garantia de influência -, princípio da paridade de armas, da cooperação processual, da boa-fé processual e devido processo legal, previstos expressamente na norma processual civil.

A identificação da dialeticidade no contexto do processo civil contemporâneo impõe aos julgadores e partes, um procedimento permanentemente interacional,

dialético e dialógico, em que a colaboração dos sujeitos processuais na formação da decisão jurisdicional deve ser compreendida como a pedra de toque do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2017)¹.

Conforme salienta Medina (2020), o processo não contém relação jurídica simples, simétrica e unidirecional, em que os sujeitos podem ser alocados em compartimentos capazes de representar, geometricamente, os papéis que desempenham. Deve ser compreendido como um sistema interacional, que se desenvolve através da influência mútua entre partes e órgão jurisdicional, devendo ser definido como uma estrutura dialética. Nele, a relação jurídica é complexa, dinâmica, bidirecional e circular, onde o comportamento de cada um dos sujeitos afeta e é afetado pelo comportamento dos outros.

Para Marinoni, Arenhart e Mitiero (2015, p. 209), as partes têm o direito à legítima confiança de que o resultado do processo será alcançado mediante fundamento previamente conhecido e debatido por elas. Haverá afronta à colaboração e ao necessário diálogo no processo, com violação ao dever judicial de consulta e contraditório, se omitida às partes a possibilidade de se pronunciarem anteriormente “sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa”, inclusive em relação àquelas *ex officio*.

Inferre-se pela doutrina moderna, portanto, que ao juiz não cabe decidir com fundamento exclusivamente de Direito, pois tem o dever de considerar a influência dos argumentos dos sujeitos processuais e de todos os elementos levados ao processo, a fim de valorizar a dialeticidade processual como parte dinâmica contínua e indissociável da busca pela concretização da resposta judicial adequada e para a consecução dos direitos dos jurisdicionados.

4 OS AFORISMOS PROCESSUAIS

A origem dos aforismos *iura novit curia* e *dabo mihi factum, dabo tibi jus* não encontra consenso pelos pesquisadores. Segundo Tucci, surgiu no período da extraordinária *cognitio*, com o advento da jurisdição pública romana, quando da constituição imperial editada por Diocleciano e Maximiano no ano 290 d.C. e, mais tarde, incorporada no Codex justinianeu (2.10.1), que dispensava o autor de atribuir um *nomen iuris* à *actio* proposta e autorizava o julgador a suprir as omissões das partes ou

¹ STJ, REsp 1.676.027/PR, Rrel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., j. 26.09.2017.

de seus procuradores, aplicando ao caso *sub judice* as leis pertinentes (TUCCI, 2010, p. 46-49).

O *iura novit curia* aparecia no *Corpus Iuris Canonici*, compilação oficialmente sancionada pelo Papa Gregório XIII em 1580, que reunia textos canônicos especialmente dos séculos XII a XV. O autor relaciona o adágio a dois outros conhecidos aforismos: *venite ad factum. Curia iura novit* ("venha ao fato. O juiz conhece o[s] direito[s]") e *da mihi factum et dabo tibi ius* ("dê-me o fato e te darei o direito") (CALVINHO, p. 02). Miranda e Cavalcanti (1973, p. 81) apontam que o aforismo teve "começo bruxuleante", "nos séculos que levam à Renascença", referindo-o ao Direito Canônico e à regra de que a prova do direito era dispensada perante os órgãos da jurisdição canônica.

Aproximadamente nos séculos XVI e XVII, no ambiente cultural da Europa continental na passagem do *ius commune* para o direito moderno, foi concebida a ideia moderna do Direito pelo viés social, foi o conhecimento produto da vontade de um órgão centralizador e superior, com caráter imperativo e, pelo viés lógico, passou a ser ideal de cognoscibilidade e previsibilidade, que resultou na utopia da busca pela certeza "geométrica", por meio da redução da complexidade dinâmica do raciocínio jurídico a fórmulas simplórias e estáticas, próprias de outros campos do conhecimento humano (DOMIT, 2020, p. 68-69).

Ambos fatores de verticalização contribuíram para que o processo civil do período moderno assumisse um perfil assimétrico, em que os juízes retomaram o controle das ações no palco processual, com a conseqüente perda da influência das partes, além da subsistência de uma separação estanque entre juízos de fato e de direito.

A certo ponto essa regra veio a ser sintetizada pela dicção *iura novit curia*. A retomada dos albores do ambiente político-cultura que caracterizou o período moderno criará ocasião para investigar esse hipotético momento de união entre a regra romana e a máxima moderna, que fez com que a partir de então, (...) o juiz fosse considerado livre para modificar, quando e como entendesse oportuno, a despeito da influência recebida das partes, a qualificação jurídica dos fatos da causa (DOMIT, 2020, p. 69).

Considerando que o Direito passou a ser subjugado aos padrões das ciências exatas e que tinha a pretensão de alcançar verdades absolutas, é possível entender que o diálogo judiciário pouco poderia agregar para a resolução dos casos concretos, sendo o processo o resultado de um silogismo judiciário. Foi eliminada, portanto, a viabilidade da compreensão do fenômeno jurídico pelo diálogo e desprezada completamente

qualquer influência que pudesse ser exercida pelas partes na decisão judicial a porvir (MITIDIÉRO, 2011, p. 98).

No Brasil, a era do Estado Democrático de Direito, conferiu força normativa à Constituição, com a expansão do catálogo de direitos fundamentais e criação ou ampliação dos mecanismos de jurisdição constitucional, exercitáveis em processos objetivos ou subjetivos e destinados a combater comportamentos inconstitucionais comissivos e omissivos dos Poderes Públicos. Nesse contexto, sobressaiu-se o Poder Judiciário, agraciado com a missão de guardião da Lei Maior (DINAMARCO, 2005, p. 35).

Superada a teoria da exegese do juiz *le juge est la bouche de la loi* (o juiz é a boca da lei), abriu-se espaço para o incógnito juiz boca dos tribunais (*Le jue n'est pas la bouche des tribunaux*).

Ocorre que, assim como o juiz não é a boca da lei, pois a interpreta, analisa os fins sociais a que se destina, culminando na sentença de mérito, o juiz também não é a boca dos tribunais, pois deve aplicar a súmula vinculante e o resultado da procedência da ADIn ao caso concreto (CF 102, § 2º e 103-A; CPC 927, I e II) e nas demais situações (CPC, 927, III a V), aplicar os preceitos abstratos e gerais (leis, *lato sensu*) constantes da súmula simples dos tribunais, orientações do plenário ou do órgão especial do TRF, TRT, TRE e TJ, justificando a aplicação ou não do dispositivo oriundo do tribunal (NERY, 2018, p. 2051-2052).

Como afirma Meroi (2007, p. 383), o aforismo *iura novit curia* tem sido entendido várias formas: (I) como presunção, eis que se assume que o juiz conhece o direito objetivo aplicável ao caso, eximindo as partes de terem que prová-lo; (II) como um dever do juiz de conhecer o direito objetivo e de resolver o conflito em conformidade com ele, sem se ater às disposições invocadas pelas partes; e (III) como "princípio-construção" (na terminologia de Wróblewski), enquanto elaboração da ciência jurídica que sistematiza o ordenamento jurídico, articula as funções legislativa e jurisdicional e se configura como uma armação ou estrutura que alicerça toda a organização jurídica.

Para Baur (1976, p. 176), ninguém pretenderá que o juiz possa, de uma maneira geral, colocar-se acima da lei, o que seria contrário ao princípio da separação de poderes e lhe atribuiria o status de "senhor da lei". Deve ser rechaçada a ideia de significação do *iura novit curia* como assenhoreamento da lei pelo magistrado, destacando-se que o poder do magistrado de afastar a aplicação de uma lei ou de um ato estatal em sentido lato há que ser excepcional, resguardado para o criterioso e intersubjetivamente

controlável exercício da jurisdição constitucional. Fora deste caso, merece ser considerado abusivo e severamente tolhido (LIMA, 2016, p. 05).

A doutrina majoritária brasileira entende pela subsistência da aplicação dos aforismos *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius* na atualidade, submetidos à normativa constitucional.

Em outras palavras, para que seja possível entender a aplicação dos aforismos, ou seja, que seja possível entender que o juiz necessita apenas dos fatos, pois é ele quem faz a subsunção do fato à norma e a categorização jurídica do fato, no Código de Processo Civil Brasileiro, é indispensável que as normas constitucionais e processuais atuem como limitadoras dessa atividade jurisdicional.

Constata-se que desde os primórdios até a atualidade, os aforismos são citados e constantemente entendidos como aplicáveis no ordenamento jurídico, mas mutações em relação à sua compreensão, destacando-se como principal fator o contexto histórico e a evolução da normativa jurídica

4.1 Limites à aplicação dos aforismos *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius* no Código de Processo Civil

O ordenamento jurídico atual ainda reverbera as máximas *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius*, “ficando o juiz autorizado a dar aos fatos narrados pelo autor outra qualificação jurídica, desde que compatível com a causa de pedir constante da petição inicial e com o que foi ali pedido” (WAMBIER, 2015, p. 817).

Conforme bem pontuado por Alvim (1976, p. 93) “o juiz não tem liberdade na escolha da norma não colidir com os brocardos da *mihi factum, dabo tibi ius* e *iura novit curia*”. Se o fato é devidamente identificado, “segue-se, inexorável, a aplicação da norma que abstratamente o prevê, e consequências normativas respectivas”. Até porque, o juiz deve “corrigir o fundamento legal, não porque se lhe reconheça discricionariedade nisto, mas porque se trata de usar o fundamento correto, a respeito do qual a parte, ou partes, erraram.”

O poder do juiz não é ilimitado em relação à categorização jurídica do fato. A dicção *iura novit curia*, nas palavras de Baur (1976, p. 177), “não significa que o Tribunal disponha do monopólio da aplicação do direito, desconhecendo ou desprezando as conclusões das partes tendo em vista as normas jurídicas invocadas pelos litigantes”.

O CPC/1973 já previa dispositivos correlatos que atuavam como limitadores da atividade jurisdicional, como o art. 128, correspondente ao art. 141 no CPC/2015, que prevê que “o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”.

Watanabe (1999, p. 36, 47, 58-59, 65) entende que a cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as questões de fato e de direito levantadas ao longo do processo, cujo resultado é o alicerce, o fundamento do julgamento do *meritum causae*. O esquema do "silogismo final" empregado pelo magistrado e os aspectos mais importantes para a justificação lógica da conclusão devem ficar expressos na motivação do pronunciamento jurisdicional.

O Superior Tribunal de Justiça assenta que é obrigatória a adstrição do julgador ao pedido expressamente formulado pelo autor, mas que pode ser mitigada em observância aos brocardos da *mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos que te darei o direito) e *iura novit curia* (o juiz é quem conhece o direito) (BRASIL, 2019a).

O CPC/1973 já previa o que prescrevem os atuais artigos 376, 487 e 1.029 do CPC/2015. Cabe, portanto, analisar as inovações constantes do novo texto processual civil que servem como verdadeiras balizas para a atividade jurisdicional.

O art. 10 do CPC/2015 preconiza não poder o juiz decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestarem, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva se pronunciar de ofício. Trata-se de imposição de atenção ao contraditório e imperativo de caráter procedimental.

O art. 927 do CPC/2015 exige dos juízes e tribunais a observância de teses jurídicas vinculantes, o que rechaça a aplicação do aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius*, vez que obriga o magistrado a seguir os posicionamentos firmados pelos órgãos judiciais superiores (como decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; enunciados de súmula vinculante; acórdão em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; enunciados das súmulas do STF em matéria constituição e do STJ em matéria infraconstitucional e, orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados).

Para Nery (2018, p. 2052-2053), “o texto normativo impõe, imperativamente, aos juízes e tribunais que cumpram e apliquem os preceitos nele arrolados. Trata-se de comando que considera esses preceitos como abstratos e de caráter geral”, mediante

obrigatória motivação para “assegurar não apenas a estabilidade, mas a integridade e a coerência da jurisprudência.”

Importante dispositivo que retira do magistrado o poder a utilização do *iura novit curia*, é o art. 357, § 2º, do CPC/2015, que impede que o juiz, segundo estipula o procedimento, aja diversamente do pactuado pelas partes, isto é, a previsão legal dá oportunidade para que as partes atuem cooperativamente no processo para definir as matérias submetidas à prova.

Trata-se de exemplo em que a partes têm o dever cooperação – embora, naturalmente, não se desconsidere que elas atuem no processo em defesa de seus interesses, e em oposição ao interesse da parte adversária. Inclusive, esta convenção, se homologada, vincula as partes e o juiz, formando um negócio processual plurilateral, diante das manifestações concordantes (MEDINA, 2020).

Importante o alerta de Nunes e Delfino (2014, p. 03-05), que argumentam que o aforismo *iura novit curia* infere que o juiz tem condições plenas de, avocando postura de monge, enquadrar juridicamente os fatos e daí chegar à decisão que colocará termo ao conflito. Mesmo que o STJ já tenha decidido que a atividade jurisdicional está adstrita aos limites do pedido e da causa de pedir, o magistrado aplica o direito à espécie sem vinculação aos fundamentos jurídicos deduzidos na petição inicial, causando excessos potenciais e voluntarismos por parte daqueles que exercem o poder jurisdicional.

Esse panorama comprova a aquiescência pela jurisprudência de um entendimento responsável por aguda lesão ao contraditório, a permitir que lides sejam resolvidas segundo fundamento jurídico diverso daqueles debatidos ao longo do procedimento, à revelia das partes e impenetrável à fiscalização técnica dos advogados, prática que além disso ulcera a regra da congruência, cuja extensão deveria vincular a decisão final não só ao pedido mas também à própria causa de pedir (fática e jurídica). [...] De ferramenta adaptada para viabilizar o arbítrio estatal, o aforismo *iura novit curia* ganha força de garantia do debate processual e decorrente melhoria qualitativa das decisões, um relampejo de esperança num mundo em que a técnica converte o homem em estatística, num ser sem rosto e tudo o que importa são metas e produção.

Assim, ainda que considerados os limites normativos expressos e que o texto legal infraconstitucional seja claro e inequívoco ao impor que o juiz respeite os limites da demanda para exercer a categorização jurídica dos fatos, é possível que os aforismos em análise sejam interpretados de modo a garantir que as lides sejam resolvidas por meio de fundamentos jurídicos alheios aos debatidos ao longo do procedimento, o que pode gerar a prolatação de decisões-surpresa e evidente lesão ao contraditório.

5 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO GARANTIDOR DA VEDAÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA

O princípio do contraditório garante às partes o diálogo com o órgão jurisdicional, bem como a garante o direito de influenciar a formação da convicção do juiz (artigo 5º, LV CF/88 e artigos 9º, 10 e artigos 140, 141, 932 parágrafo único e 933 do CPC).

A garantia da vedação às decisões surpresa, por meio do contraditório, encontra-se expressamente prevista na norma processual civil nos artigos 10 e 932 parágrafo único. Os dispositivos estabelecem, respectivamente, que 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, mesmo que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício e que, antes de inadmitir o recurso, o relator concederá prazo ao recorrente para que sane vício ou complemente a documentação exigível.

A norma do art. 10 do novo CPC impõe ao juiz ouvir os litigantes não somente sobre fundamentos fáticos, consistentes em fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito das partes, mas também sobre teses jurídicas, bem assim fatos simples ou circunstanciais que possam influir no seu julgamento (ALVIM, 2019, p. 262).

Para Nery (2018, p. 237-239), a proteção contra as decisões-surpresa não inviabiliza o poder-dever de o juiz conhecer e determinar a norma jurídica a ser aplicada à situação concreta exposta na demanda, prescindindo (questão de ordem pública) ou não (questão de direito dispositivo) da alegação da parte, e, de outro, consentir na modificação da qualificação jurídica do direito ou da relação deduzida em juízo, observados rigorosamente os fatos e fundamentos jurídicos do pedido (*causae petendi* próxima e remota) e, sobre a aplicação do *iura novit curia*, elucida:

O princípio *iura novit curia* atua apenas no tocante às questões de direito, o que se deduz da própria significação literal da locução (o juiz conhece o direito), não se aplicando aos fatos, cuja a prova deve ser feita nos autos em virtude de ônus a cargo das partes. Caso o juiz decida de ofício, sobre questão de ordem pública não submetida previamente ao exame das partes, essa decisão será nula por violação do princípio do contraditório.

O Superior Tribunal de Justiça manifesta-se no sentido de que não há que se falar em violação à vedação da decisão surpresa quando o julgador, examinando os fatos expostos na inicial, o pedido e a causa de pedir, aplica o entendimento jurídico que considera coerente para a causa (BRASIL, 2019b).

O contraditório moderno constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que, em “solitária onipotência”, aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes (FERRI, 2010, p. 781). Tudo o que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes, corresponde a surpreendê-las, mesmo que o objeto do decisório corresponda a matéria apreciável de ofício (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 125).

Registra-se que o papel do julgador de garantidor de direitos fundamentais, diretor técnico do processo, impõe este o diálogo entre as partes para encontrar a melhor aplicação (normativa) da tutela mediante o debate processual e não por meio de um exercício solitário do poder. À participação advinda da leitura dinâmica do contraditório (e de outras garantias processuais constitucionais) importa uma democratização do sistema de aplicação de tutela. Assim, resta possibilitada a aplicação de tutela com resultados úteis e de acordo com as perspectivas de um Estado Democrático de Direito (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 71).

Inclusive, é nesse contexto que se insere a compreensão do princípio da cooperação previsto pela normal processual civil em seu artigo 6º, isto é, a busca pela aplicação de tutela com resultados úteis não é apenas um dever do juiz, mas é de interesse de todos os sujeitos processuais, incluindo-se as partes, os procuradores e os terceiros interessados.

Para Araújo (2016, p. 111-112), ainda que as partes representem interesses antagônicos na relação processual, a aplicação do contraditório na relação processual exige que os sujeitos processuais atuem em colaboração. O interesse do juiz está voltado para a solução útil do processo, com a prolação de decisão de mérito, com o fim de resolver o objeto litigioso que gera a tensão entre as partes. O contraditório pleno exige a igualdade de armas entre as partes e transparência da atividade judicial sem surpreender as partes.

O direito ao diálogo e à participação colaborativa no processo por meio do contraditório não viola o conteúdo das máximas *iura novit curia* e da *mihi factum, dado tibi ius*. Asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 209) que “o juiz continua com o poder de aplicar o direito ao caso concreto, inclusive utilizando normas jurídicas não invocadas pelas partes”, mas que esse poder é limitado, diante da validade da aplicação ao caso concreto dessa inovação estar condicionada ao prévio diálogo com as partes:

Isso porque, a uma, as partes têm o direito de se pronunciar previamente sobre as normas jurídicas que serão aplicadas ao caso concreto pelo juiz e, a duas, o juiz tem o poder de conhecer de ofício fatos secundários e de determinar prova de ofício. Daí que a colaboração judicial e o contraditório como direito de influência alteraram a tradicional solução outorgada à divisão do trabalho processual pelo brocardo *da mihi factum, dado tibi ius* – que destinava às partes tão somente o papel de narrar os fatos e ao juiz o de aplicar o direito. O novo Código reconhece que as partes têm direito de se pronunciar sobre o material jurídico de forma prévia à sua aplicação judicial. Caso o juiz [...] não considere os elementos probatórios e fáticos levados aos autos pelas partes, a decisão deve ser declarada nula por evidente cerceamento de defesa

Desta forma, é possível compreender que a norma que prevê o contraditório atua como verdadeira garantidora da vedação das decisões-surpresa, pois uma vez observada a norma constitucional e processual, reduzem-se drasticamente as possibilidades das partes serem surpreendidas no processo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 209)

Deve-se destacar que no processo de conhecimento a vedação à decisão-surpresa não se aplica para sentenças liminares fundadas em prescrição ou decadência (art. 487, parágrafo único e 332, § 1º, ambos do CPC), bem como nos procedimentos especiais (de natureza contenciosa ou voluntária), quando a surpresa poderá ser afastada pela especialidade do rito em sua fase inaugural (ARAÚJO, 2016, p. 112).

Frise-se que a negativa de aplicação do art. 10 c/c art. 933 do CPC/2015 pelo juiz, implica em *error in procedendo* e, na conseqüente nulidade do julgado, devendo a intimação antecedente ser procedida na instância de origem para permitir a participação dos titulares do direito discutido em juízo na formação do convencimento do julgador e, principalmente, assegurar a necessária correlação ou congruência entre o âmbito do diálogo desenvolvido pelos sujeitos processuais e o conteúdo da decisão prolatada (BRASIL, 2017).

Os aforismos *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius* na aplicação da norma não deve permitir a prolatação de decisões-surpresa no processo. Em outras palavras, os aforismos não conferem ao juiz, poderes de decidir sobre conteúdos que não tenha conferido às partes a oportunidade de se manifestarem. Nada obstante, na atualidade, não só deve ser garantido o debate processual, mas o direito de influência na formação da convicção do juiz.

5.1 A proibição da surpresa

A proibição de decisão-surpresa é destacada nas questões de direito material ou processual em que o tribunal pode conhecer oficiosamente: se nenhuma das partes as

tiver suscitado, com concessão à parte contrária do direito de resposta, o juiz – ou o relator do tribunal de recurso – que nelas entenda dever basear a decisão, seja mediante o conhecimento do mérito, seja no plano meramente processual, deve previamente convidar ambas as partes a sobre elas tomarem posição, só estando dispensado de o fazer em casos de manifesta desnecessidade (LEBRE DE FREITAS, 1996, p. 103).

A fundamentação das decisões judiciais está diretamente ligado a proibição da surpresa. Segundo Alvim, é consagrado pelo art. 11 do CPC/2015 dispõe que *“todos os julgamentos do órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”* e teve sua origem, quase literal, no inciso IX do art. 93 da Constituição (ALVIM, 2019, 262-263), que contém o dever de motivação das decisões judiciais.

Para Taruffo (1975) a formulação expressa, em sede constitucional, do princípio da obrigatoriedade da motivação dos provimentos jurisdicionais, antes de mais nada *“esime dal dimostrare che esso fa parte dele garanzie fondametalì di natural justice”* e que complementa que o princípio *“manifesta un carattere essenziale di strumentalità, nem senso che la sua applicazione costituisce una condizione di effettività di tali altri principi sul piano della concreta amministrazione della giustizia”*.

Calamandrei (1962, p. 116-117) ressalta que a motivação tem várias funções e a estritamente jurídica é a de *“poner a las partes em condición de verificar si em el razonamiento que ha concucido el juez a decidir em determinado sentido pueden descubrir-se alguno de aquellos defectos que dan motivos a los diversos medios de impugnación.”*

O dever de motivação do artigo 93, IX da Constituição Federal de 1988, portanto, foi reforçado pelo artigo 489 do CPC/2015, que inovou o ordenamento jurídico, estabelecendo os critérios objetivos indispensáveis para a formulação de uma sentença.

A sentença deve ser *adequadamente fundamentada*. Em princípio o juiz deve analisar *todos* os pedidos e *todas* as causas de pedir arroladas pelo autor na petição inicial, bem como *todas* as matérias de defesa suscitadas pelo réu na contestação. Não é mais possível, inclusive, de *lege data*, rejeitarem-se, por exemplo, embargos de declaração, ao argumento de que o juiz não está obrigado a pronunciar-se sobre todos os pontos da causa (NERY, 2018, p. 1320-1322).

O artigo 927 do CPC talvez seja o dispositivo mais objetivamente criterioso em relação à atividade jurisdicional, pois impões aos juízes e tribunais que cumpram e apliquem os preceitos nele arrolados.

A fundamentação da decisão judicial pode ser compreendida como critério de controle da atividade criativa dos juízes, sendo que a decisão judicial deve ser o resultado de diálogo entre todos os envolvidos no processo. As decisões-surpresa retiram do processo sua característica democrática. A sentença será adequada, fundamentada e íntegra quando circunscrita aos pedidos e aos argumentos apresentados pelas partes. Ou seja, vincula-se também às razões apresentadas pelas partes para que o juiz decida neste ou naquele sentido.

Cabe ao juiz dar à causa uma solução conforme ao Direito, vez que é papel do juiz, como intérprete, não inventar uma norma jurídica para solucionar a lide (causando surpresa às partes), mas aplicar a norma jurídica adequada no caso concreto. E deve fazê-lo sem exercer qualquer tipo de poder discricionário. A discricionariedade judicial deve ser absolutamente rechaçada do contexto jurídico.

Nesse ponto, destaca-se o entendimento de Câmara (2020, p. 33-34) que a “discricionariedade judicial é absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito”. Isso porque, argumenta que “não se pode admitir que uma causa seja submetida ao Judiciário e sua solução seja indiferente, podendo o juiz livremente escolher entre diversas decisões possíveis, todas corretas”.

Conforme Streck (2020, p. 76), “a *vontade* e o *conhecimento* do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária que é consequência inexorável da discricionariedade”.

A legitimidade da decisão judicial é garantida na medida da respeitabilidade dos princípios do contraditório (e da não surpresa) e da fundamentação das decisões. A aplicação da lei aos casos concretos deve ocorrer por meio do discurso de aplicação, que é limitado pelo legislador, não podendo lançar mão de argumentos arbitrários e contrários às normas legais. Caso isso ocorra, será formalizada uma decisão jurisdicional inconstitucional ou ilegal, mas de um ato que não se constitui de uma decisão jurisdicional, por carência de legitimidade e por ausência de fundamentação em um discurso de aplicação (SOAREZ, 2015, p. 47).

Nesse raciocínio cabe a análise do dever de esclarecimento (*Aufklärungspflicht*) e alerta (*Hinweispflicht*) na atividade jurisdicional. Sob a ótica pessoal (*persönlicher Geltungsbereich*) a proibição da surpresa atinge todos os juízes, independentemente da atuação singular ou colegiada. Do mesmo modo, a proibição atinge todos os graus de jurisdição (art. 10 do CPC) (ARAÚJO, 2016, p. 111-112).

Para Gouvêa (2007, p. 175), o princípio da cooperação equivale ao direito de perguntar ao juiz (*Fragerecht*) que corresponde a um dever de esclarecer (*Frege und*

Aufklärungspflicht). O Direito alemão admite a utilização do recurso, nos casos em que é aconselhável o esclarecimento das posições de fato e de direito das partes e a introdução de eventuais perceptivas jurisdicionais divergentes.

Conforme Araújo (p. 112) proibição da surpresa agrega o dever de esclarecimento (*Aufklärungspflicht*) e alerta (*Hinweispflicht*), vez que juiz participa do contraditório e tem o dever de conduzir o processo a um resultado útil (*Prozessförderungspflicht*). Não há que entender que estaria se tratando de aconselhamento de uma das partes, pois o juiz não perde a imparcialidade quando adverte ambas as partes sobre falhas que podem conduzir a uma extinção abreviada da demanda ou quando alerta sobre a necessidade de inversão do ônus da prova (art. 373, § 1º, do CPC).

O dever de esclarecimento possui, desta forma, um duplo sentido vetorial: de um lado permite ao magistrado esclarecer fatos e situações jurídicas, dentro da premissa do máximo aproveitamento e da primazia do mérito; de outro viabiliza às partes a potencialidade de obter decisões que sejam fruto do debate em contraditório, desprovidas de dúvida e obscuridades (THEODORO JÚNIOR, 2015. p. 77).

O processo civil deve ter como núcleo duro a observância do contraditório, da obrigatoriedade da motivação e fundamentação das decisões judiciais e, do necessário exercício da cooperação processual (entre todos os sujeitos processuais e o juiz, por meio de seu dever de esclarecimento e alerta), vez que poderá prevenir de forma sólida a ocorrência da surpresa no processo e a conseqüente nulidade de atos processuais.

6 CONCLUSÃO

No Direito, a compreensão da dialética transcende o campo argumentativo, de refutações ou de mero diálogo e contradições, e não pode ser utilizado como instrumento que viabilize argumentos artificiosos que prevalecem sobre outros, mas sim, como meio de evitar formalismos e buscar a máxima e efetiva concretização dos direitos dos jurisdicionados.

O processo civil deve ser entendido dentro do contexto de cooperação e lealdade, que transcende a ideia de relação estritamente adversarial em conjunto com os demais princípios fundamentais do processo.

Os aforismos *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibo ius* foram compreendidos de variadas formas durante a história, devendo ser absolutamente excluída do âmbito jurídico a ideia de sua significação como assenhoreamento da lei

pelo magistrado. O poder do juiz não é ilimitado e deve seguir critérios normativos para o regular exercício da jurisdição constitucional.

É inquestionável o dever judicial de submeter-se às normas expressas no ordenamento jurídico, inclusive em relação à necessidade de observância dos exatos limites da demanda para exercício da atividade jurisdicional consubstanciada na categorização jurídica dos fatos, não sendo aceitável que o aforismo *iura novit curia* seja interpretado de modo a permitir que as lides sejam resolvidas por meio de fundamentos jurídicos que não foram submetidos ao conhecimento e debate das partes ao longo do processo.

A obrigatoriedade de observância do contraditório funciona como verdadeira garantia e controle para a não violação da vedação das decisões-surpresa, pois seu conteúdo impõe ao juiz o dever de provocar o diálogo sobre as questões suscitadas no processo, inclusive as de conhecimento oficioso, evitando-se que a decisão judicial seja embasada sobre fatos e fundamentos jurídicos estranhos ao processo. Nessa linha, o direito ao diálogo e à participação colaborativa no processo por meio do contraditório não ocasiona máculas aos brocardos latinos *iura novit curia* e da *mihi factum, dado tibi ius*.

Constata-se, por meio da vigente normativa processual civil, que a valorização da dialeticidade processual permitiu um redimensionamento da compreensão dos aforismos *iura novit curia* e da *mihi factum, dabo tibi ius* para a aplicação da norma, vez que não é aceitável a prevalência de uma ideia arcaica de que o juiz seja o protagonista do processo e que sua atividade se restrinja à mera subsunção dos fatos à norma.

O entendimento de que juiz conheça todo o ordenamento jurídico e que simplesmente faça a categorização jurídica do fato, como se fosse um autômato, é irreal. A interpretação faz parte da atividade do juiz e deve ser realizada de acordo com o ordenamento jurídico, dentro dos limites estabelecidos pelas partes na demanda, estimulando o contraditório, evitando-se as decisões surpresa e garantindo a cooperação entre os sujeitos processuais em todas as suas vertentes.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ARAUJO, Fabio Caldas de. **Curso de processo civil: parte geral**. São Paulo: Malheiros, 2016.

BAUR, Fritz. *Da importância da dicção 'iuria novit curia'*. **Revista de Processo**, v. 3, jul.-set. Tradução: Tereza Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BRASIL. STJ. REsp 1676027/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Data do Julgamento: 26/09/2017. REPDJe 19/12/2017. DJe 11/10/2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701314840&dt_publicacao=19/12/2017]. Acesso em: 17.08.2020.

BRASIL. STJ. AgInt no AREsp 1414263/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma. Data do julgamento: 14/10/2019a. DJe 17/10/2019. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201803281755&dt_publicacao=17/10/2019]. Acesso em: 28.07.2020.

BRASIL. STJ. AgInt no AREsp 1.468.820/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. Data do Julgamento: 23/09/2019b. DJe de 27/09/2019. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900742211&dt_publicacao=27/09/2019]. Acesso em: 17.08.2020

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2 ed. vol. 1. Campinas, SP: Bookseller, 2003.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2 ed. vol. 3. Campinas, SP: Bookseller, 2003.

_____. **Processo y democracia**. Trad. de Héctor Fix Zamudio. Buenos Aires: EJEJA, 1962.

CALVINHO, Gustavo. *La regla iura novit curia en beneficio de los litigantes*. Disponível em: [www.petruzzosc.com.ar/articulos/Iura%20novit%20curia.pdf]. Acesso em: 25.03.2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CHAGAS, Eduardo F. **O método dialético de Marx: investigação e exposição crítica do objeto**. Síntese, Belo Horizonte, v. 38, n. 120, 2011. p. 55-70.

CIOTTA, Tarcílio. **Hegel: A fundamentação ética do Estado**. Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Filosofia. PUC-RS, novembro de 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e a causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. Coleção: o novo processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

FERREIRA, Fernando Guimarães. A Dialética Hegeliana: uma tentativa de compreensão. **Revista Estudos Legislativos**. Porto Alegre. Ano 7, n. 7, p. 167-184, 2013.

FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1988. p. 781-782 in THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo-RS. v. 2, n. 1. p. 64-71, 2010.

GRASSI GOUVEA, Lucio. **Cognição Processual Civil**: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Leituras Complementares de Processo Civil. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

KONDER, Leandro. **O que é dialética**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

LEBRE DE FREITAS, José. **Introdução ao processo civil**: conceito e princípios gerais à luz do código revisto. Coimbra: Coimbra, 1996.

LIMA, Augimeri de Goes Lima. *Iura novit curia* no processo civil brasileiro: dos primórdios ao novo CPC. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 251, jan. 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno** (versão eletrônica). 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MEROI, Andrea A. *Iura novit curia y decisión imparcial*. **Revista Ius et Praxis**, vol. 13, n. 2, Talca, 2007. Disponível em: [www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art15.pdf]. Acesso em: 24.03.2020.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 17 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 01, jan-mar. 1976.

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

MIRANDA, Pontes de; CAVALCANTI, Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOARES, Carlos Henrique. Processo jurisdicional democrático - relação entre verdade e prova. **Revista Síntese - Direito Civil e Processual Civil**. Ano XIII, nº 96, jul-ago, 2015. pp. 34-51.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. 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: Revista dos Tribunais, nº 168. p. 107-141, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo-RS. v. 2, n. 1. p. 64-71, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas; Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.