



Juiz deve ser visto como garantidor de direitos fundamentais, nada mais

A linguagem técnica do Direito em geral, e a do Direito Processual em particular, ganha a cada dia mais volume e é incrementada sobremodo pelo sopro que amiúde a filosofia ali faz chegar. É que há fenômenos cuja descrição não se apresenta apropriada via palavras empoeiradas, alguns que sequer eram, e sequer são ainda hoje, bem explicitados pelo linguajar corrente, forjado por uma dogmática cega e entorpecedora. Então aparece a filosofia e acode os descalçados, impinge questionamentos, derruba dogmas e enriquece vocabulários permitindo uma investida linguística mais honesta, precisa e abarcante de muito do que se observa na realidade forense.

O termo *solipsismo* é um desses importado do domínio filosófico e encerra, em sua acepção antiga, a ideia de *egoísmo*, tendo sido empregado por filósofos do calibre de Baimgarten, Kant, Schopenhauer e Wittgenstein. É ilustrativo, a respeito disso, o pensamento de Descartes, seu dualismo corpo-mente, que isola o *eu* em relação a tudo mais, ao mundo exterior e ao próprio corpo, um solipsismo consequência direta do *argumento do cogitio* e que para ele revelaria a existência do pensamento puro evidenciado pelo próprio ato de pensar.^[1]

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.^[2]

O *solipsismo judicial* é prática corrente e que apesar de absolutamente antidemocrática é aceita de forma irrefletida em muitas das etapas processuais.^[3] E não é nada difícil elencar exemplos corriqueiros de decisões surpresa (=solipsistas): i) aplicação *ex officio* de enunciados de súmula e ementas, como motivação decisória, descontextualizados de seus fundamentos determinantes, tornando necessária a interposição de recursos em decorrência do equívoco; ii) a condenação à multa por litigância de má-fé (ou alguém já presenciou juiz instaurar incidente para possibilitar aos litigantes debaterem sobre a questão?); iii) a condenação em honorários sucumbenciais, ausente debate sobre os critérios previstos em lei para o seu arbitramento; iv) a aplicação abrupta da *disregard doctrine*, sobretudo na Justiça do Trabalho, em que a ausência patrimonial da pessoa jurídica devedora é condição única e suficiente para que o Estado-juiz sintasse autorizado a redirecionar seus canhões ao patrimônio pessoal dos sócios; v) aplicação *ex officio* da prescrição equivocadamente em face de ocorrência de causa suspensiva ou interruptiva, obrigando a interposição de recurso, que seria desnecessário; entre outros. Na maioria desses casos constata-se, ao menos em primeiro grau de jurisdição, um desdém ao contraditório, como influência e não surpresa.

E por detrás de todas essas ocorrências funciona um raciocínio robótico, consolidado pela tradição, de origem medieval^[4] e que de lá para cá experimentou notável transformação de conteúdo: a máxima *iura novit curia*, no processo significando a presunção de que o direito é conhecido pelo juiz, além de



ressaltar o poder a ele reservado para investigar e aplicar oficiosamente esse direito na solução do caso.

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

O que se vê de tal posicionamento concerne não apenas ao direito objetivo, a referir que o julgador conhece o ordenamento jurídico como um todo (direito objetivo), algo por si impraticável. Ainda mais grave: o adágio ambiciona hipotecar que ele, o juiz, tem condições plenas de, avocando *postura de monge*, enquadrar juridicamente os fatos e daí chegar à decisão que colocará termo ao conflito. Não por outra razão, o STJ já entendeu que a atividade jurisdicional está adstrita aos limites do pedido e da causa de pedir, *porém o magistrado aplica o direito à espécie sem qualquer vinculação aos fundamentos jurídicos deduzidos na petição inicial.* [5]

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*). A lesão ao contraditório é evidente, em especial ao direito das partes de que seus argumentos sejam levados em consideração (*Recht auf Berücksichtigung von Äußerungen*), que atribui ao magistrado não apenas o dever de tomar conhecimento das razões apresentadas (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerá-las séria e detidamente (*Erwägungspflicht*). Tal figura equivocada e avessa ao publicismo, induz o julgador a escolhas decisórias privadas sem influências “externas” provenientes do debate, do qual participam os litigantes e de seus advogados.

Os problemas aí são variados: i) O adágio congelou no tempo, trasmudou-se em espécie de dogma e desprezou a filosofia que desde há muito interroga se é possível alguém conhecer algo, como se dá o conhecimento e quais evidências possuímos de que nossas percepções são reais. Contudo, a jurisprudência impermeabilizou os juízes da influência dos questionamentos filosóficos e optou por uma postura pragmática e ilusória: fez deles autoridades indiferentes a toda essa investida filosófica, capazes *sozinhos* de conhecer o direito, imunizados da *síndrome Matrix*; ii) Na alta-modernidade o fenômeno jurídico é repensado através de uma terceira via radicalizadora do problema interpretativo que compõe a experiência jurídica. A partir daí surge uma dimensão de revisão dos postulados jusnaturalistas e juspositivistas [6] (Ronald Dworkin, Friedrich Muller, Cattoni de Oliveira, Lenio Streck). Ora, raciocinar sobre o *iura novit curia* segundo perspectivas teóricas de tal jaez conduz à conclusão inexorável de que, no mínimo, paira certo arcaísmo em nossa jurisprudência; iii) É realidade a convergência entre os sistemas *Common Law* e *Civil Law*. A jurisprudência no Brasil é inquestionavelmente uma peculiar fonte de direito. E com a aprovação do novo CPC se fará indispensável a elaboração de uma *teoria dos precedentes* amoldada à nossa realidade. Muitas serão as questões a se considerar, mormente a aplicação do contraditório substancial na formação, distinção e revogação do precedente. O *iura novit curia*, em



seu colorido despótico, não se enquadra nesse cenário; iv) É pura afetação demarcar quem *efetivamente* conhece o direito, se juiz ou advogados. Qualquer profissional pode se especializar e ficar vigilante às novidades da sua área de exercício profissional, mantendo-se atualizado às interpretações elaboradas pela doutrina e aos pormenores da jurisprudência. Assim, o adágio está em descompasso com a realidade constitucional porque sugere algo adverso daquilo que tanto se prega atualmente: a democracia processual sob o signo da participação,^[7] cuja mecânica impõe a colaboração conjunta de *ouriços* e *raposas*, na medida dos limites impostos a cada qual deles, na construção do provimento jurisdicional; v) É preciso ainda questionar se o aforismo acomoda-se a uma *justiça de assessores* como a hodierna. Nos corredores de alguns fóruns corre à boca miúda, talvez a título de anedota, notícias sobre processos que nunca foram examinados por um magistrado sequer, pois julgados, em todos os graus de jurisdição, tão somente por assessores... também os assessores conhecem o direito?

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

Isto significa que juízes e tribunais não estão autorizados a julgar com base em fundamento jurídico (e também fático) sobre o qual as partes não tenham controvertido, incluídas até as questões de ordem pública. Assim já deveria ser, aliás.^[8] Bastaria submeter o adágio à uma filtragem constitucional para se constatar o quanto é obsoleto! Mas como filtragens constitucionais e coisas do gênero dão muito trabalho, a solução teve que vir legislativamente. E veio em boa hora, bem formulada e desejosa de oxigenar com ares democráticos a atividade jurisdicional: sobreleva o devido processo legal, valoriza as partes (e seus advogados) e também lhes inflige a devida responsabilidade, proscreeva a ideia de liberdade decisória, traz segurança ao estabelecer esteios mais precisos à atuação dos juízes, além de assolar o autoritarismo característico das tão malvistas decisões-surpresa.

E o que é assaz interessante: uma leitura atenta do dispositivo pode conduzir-nos, indiretamente, à revisão das teorias que almejam elucidar a causa de pedir. Insistimos em teses antigas elaboradas para distinguir fato e direito, como se *fatos puros* sem o devido enquadramento jurídico tivessem alguma serventia para quem pensa a ciência jurídica. É hora de darmos crédito a Castanheira Neves, cujos ensinamentos mostram que *fato puro* e *puro direito* nunca se encontram na vida jurídica: enquanto o fato não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o fato. Quando o jurista pensa o fato o faz sempre como matéria do direito e quando reflete sobre o direito está a pensar como forma destinada ao fato.^[9]

O *iura novit curia* entretanto não deve ser esquecido no sótão onde jazem as coisas amarelecidas e cujo tempo tratou de tornar supérfluas. Há que encará-lo com lentes ajustadas à normatividade constitucional e afastar de seu âmago a arrogância estatal monopolizadora do saber jurídico. Não é crível conservá-lo em seus contornos atuais, como um “caballho de Troya”^[10] serviente a toda sorte de excessos potenciais e voluntarismos por parte daqueles que exercem o poder jurisdicional. Nada justifica mantê-lo



enfim como álibi para que o juiz, ou qualquer um solitariamente, transite com liberdade na interpretação e qualificação jurídica dos fatos que embasam a demanda.

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

Ainda que sejam outros os tempos não sendo o juiz mais considerado algoz da sociedade, o só motivo de concentrar em si parcela significativa do poder estatal é suficiente para que, numa democracia, mantenha-se viva a preocupação em evitar consequências deletérias oriundas da atuação de alguns desses agentes estatais que, como o *mago da fábula*, arrogam para si o poder sobre-humano de fazer no mundo do direito as mais monstruosas metamorfoses e de dar às sombras as aparências eternas da verdade.^[1] *O juiz de hoje deve ser visto como um garantidor de direitos fundamentais, nada mais, nada menos.*

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

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

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

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

[5] STJ, AgRg no REsp 281.594/SC. No mesmo sentido: STJ, REsp 819.568/SP.

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

[7] NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.



cit.

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

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

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

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

Date Created

03/09/2014