



**UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”
NÚCLEO DE PESQUISA**

RAUL FERNANDO TOSTA BOLSON

**VEDAÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA:
APLICABILIDADE PLENA NO ÂMBITO DO PROCESSO
CIVIL BRASILEIRO**

**RIBEIRÃO PRETO
2016**

RAUL FERNANDO TOSTA BOLSON

**VEDAÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA:
APLICABILIDADE PLENA NO ÂMBITO DO PROCESSO
CIVIL BRASILEIRO**

MONOGRAFIA APRESENTADA COMO EXIGÊNCIA
PARCIAL PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE
BACHAREL EM DIREITO.

ORIENTADOR DE CONTEÚDO: MESTRE
HAMILTON CACERES PESSINI.

ORIENTADOR DE METODOLOGIA: DOUTOR
RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA.

**RIBEIRÃO PRETO
2016**

RESUMO

O tema da vedação das decisões-surpresa veio à tona com a promulgação do Código de Processo Civil atualmente em vigor. É que, pela primeira vez num Código de Processo Civil brasileiro, há expressa vedação de proferimento de decisão judicial sem que haja prévia manifestação das partes (artigo 10). Este trabalho, atento às modernas discussões sobre o tema, demonstra que a vedação das decisões-surpresa, agora expressa na legislação infraconstitucional, não se trata de novidade em nosso ordenamento jurídico. Em verdade, já decorria do princípio do contraditório, que atualmente não é mais entendido como mera bilateralidade de audiência, mas, mais do que isso, como verdadeira garantia de influência ou participação da parte na formação da decisão jurisdicional. Desse modo, é vedado ao juiz que decida com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, por evidente violação à garantia constitucional do contraditório, vez que estas não puderam participar da formação da decisão. E, decorrendo do princípio constitucional do contraditório, entendido como garantia de influência do jurisdicionado na decisão a ser proferida pelo Estado-juiz, a vedação das decisões-surpresa deve ter sua aplicabilidade amplamente reconhecida em nosso sistema processual civil, razão pela qual não podem vingar as teses que buscam minorar seu alcance. Por isso, este trabalho demonstra que a vedação das decisões-surpresa é aplicável amplamente, quer se trate de matéria cognoscível *ex officio*, ou ainda que diga respeito tão somente a questões de direito ou à qualificação jurídica dos fatos. Da mesma forma, demonstra-se que inclusive em sede de improcedência liminar do pedido é vedado ao juiz proferir decisão sem que a parte tenha previamente se manifestado sobre o tema.

Palavras-chave: Decisão-surpresa. Princípio do contraditório. Garantia de influência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	05
1 DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	07
1.1 DA CONCEPÇÃO CLÁSSICA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	07
1.2 DA EVOLUÇÃO NA CONCEPÇÃO DO PRINCÍPIO: O CONTRADITÓRIO COMO GARANTIA DE INFLUÊNCIA.....	09
1.3 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO GARANTIA DE ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DAS PARTES.....	16
2 DA VEDAÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA.....	22
2.1 O QUE É DECISÃO-SURPRESA?.....	22
2.2 VEDAÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	24
2.3 VEDAÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA NO DIREITO COMPARADO.....	27
2.3.1 Na Alemanha.....	28
2.3.2 Na França.....	29
2.3.3 Em Portugal.....	30
2.3.4 Na Áustria.....	30
2.3.5 Na Itália.....	31
2.4 A SURPRESA COMO CAUSA DE NULIDADE DA DECISÃO.....	32
3 VEDAÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA E SUA APLICABILIDADE.....	36
3.1 A VEDAÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA E AS MATÉRIAS COGNOSCÍVEIS <i>EX</i> <i>OFFICIO</i>	36
3.2 O <i>IURA NOVIT CURIA</i> E O CONTRADITÓRIO COMO GARANTIA DE NÃO SER SURPREENDIDO.....	42
3.3 A IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO E A PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DA PARTE.....	48

CONCLUSÕES.....	59
REFERÊNCIAS.....	63

INTRODUÇÃO

Nosso atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), em vigor desde 18 de março de 2016, consagrou a vedação ao proferimento das chamadas decisões-surpresa em nosso ordenamento jurídico, mais especificamente em seu artigo 10, que dispõe que não pode, o juiz, decidir com base em fundamento a respeito do qual não tenha sido oportunizada às partes prévia manifestação, ainda que se trate de matéria de conhecimento oficioso.

Campo fértil para discussões, a vedação ao proferimento das decisões-surpresa é assunto que demanda inúmeros estudos: donde decorre a vedação? O que é, propriamente, uma decisão-surpresa? Quais as consequências de seu proferimento? A vedação das decisões-surpresa é plenamente aplicável ou deve ser relativizada?

A controvérsia é grande. O Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) apresentou à Câmara dos Deputados, enquanto lá tramitava o projeto do então novo Código de Processo Civil, um “substitutivo” para a redação do artigo 10 acima mencionado, a fim de que fosse acrescentada a qualificação jurídica do pedido como exceção à aplicação do dispositivo. A redação final seria a seguinte: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, questões a respeito das quais possa pronunciar-se de ofício sem dar oportunidade às partes de prévia manifestação”. E então viria o parágrafo único: “O disposto no caput não se aplica aos casos de tutela de urgência, nas hipóteses do art. 307 e à qualificação jurídica do pedido”.

No mesmo sentido, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), em seminário voltado à discussão do Código de Processo Civil atualmente em vigor, aprovou os enunciados de números 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”) e 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”)

Tudo isso demonstra a enorme resistência à aplicabilidade da vedação das decisões-surpresa quanto à qualificação jurídica dos fatos, de modo que seria desnecessária a manifestação das partes quanto às questões de direito. Buscamos demonstrar, neste trabalho,

que não pode subsistir tal posição, que em verdade, de maneira injustificada, busca minorar a garantia de participação da parte decorrente do princípio do contraditório, que é expressão da própria democracia.

A ENFAM, na mesma oportunidade, editou ainda o enunciado de número 4 (“Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015”), buscando afastar do âmbito da vedação das decisões-surpresa matéria cognoscível *ex officio*, limitando, vez mais, a garantia de participação outorgada pelo princípio do contraditório às partes.

Mas não só quanto à qualificação jurídica dos fatos e acerca de matéria cognoscível de ofício existe controvérsia acerca da aplicabilidade da vedação das decisões-surpresa. Há parcela da doutrina que afirma também que, nos casos de improcedência liminar do pedido, é desnecessária a prévia manifestação da parte, pois o contraditório seria respeitado pelo juízo de retratação que é possibilitado pela interposição de recurso de apelação.

A presente monografia não se furtou a tais discussões. Mediante revisão bibliográfica e método dedutivo, nos debruçamos sobre o tema, atravessando um caminho que tem como início necessário o princípio do contraditório, desde o modelo de processo civil determinado pela Constituição da República de 1988, buscando investigar o real alcance do instituto da vedação das decisões-surpresa, e concluindo pelo desacerto dos posicionamentos que tentam limitar aplicabilidade em nosso processo civil.

Nesse sentido, ao demonstrar a evolução da concepção de referido princípio, que antes era visto como mera bilateralidade de instância e hoje tem como inegável decorrência a garantia de influência na decisão a ser proferida pelo Estado-juiz, o estudo torna possível a adequada compreensão do motivo pelo qual se veda a prolação de decisão-surpresa no processo civil moderno, e demonstra que tal decisão só pode ser considerada nula, vez que ofende garantia de índole constitucional.

Com tudo isso em mente, nos propusemos, por intermédio da presente monografia, a defender que o instituto da vedação das decisões-surpresa possui aplicabilidade plena em nosso ordenamento jurídico, por todas as razões que serão a partir de agora expostas ao leitor.

1 DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Um trabalho que pretenda, como este, entender a razão pela qual é vedado o proferimento das chamadas decisões-surpresa e sua aplicabilidade em nosso ordenamento, deve atravessar um caminho que tem como início necessário o princípio do contraditório.

Isso porque, mediante a evolução na concepção de referido princípio, este deixou de ser entendido como mera bilateralidade de audiência para ser compreendido como verdadeira garantia de influência da parte na formação da decisão jurisdicional.

A evolução da concepção clássica do princípio até o modo que é entendido atualmente é o que pretendemos aqui demonstrar, por se tratar de premissa fundamental para a compreensão do trabalho.

Vejamos.

1.1 Da concepção clássica do princípio do contraditório no processo civil brasileiro

O princípio do contraditório está previsto expressamente no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, o qual reza que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Inicialmente, tal princípio era compreendido em nosso ordenamento como mera bilateralidade de instância, isto é, bastava que ao litigante fosse dada ciência da manifestação da parte contrária, possibilitando-lhe sobre ela se manifestar.

Moacyr Amaral Santos afirmava, nesse sentido, que o contraditório consiste em se ouvir a parte contrária, possibilitando-lhe defesa. Em suas palavras: “imprescindível que se dê ao réu, no processo, oportunidade para defender-se. Oferecida essa oportunidade, respeitado está o princípio”¹.

Tal posição era dominante na doutrina, que entendia que referido princípio se esgotava no binômio informação-reação. Inclusive Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra, ainda adotando a concepção aqui tratada como clássica do contraditório, de modo bastante reducionista afirmavam que o

¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil, 2º volume*. 24. ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 75.

contraditório “é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis)”².

Também caudatário dessa rasa concepção – a de que o contraditório se esgotaria no binômio informação-reação –, Marcus Vinicius Rios Gonçalves discorre que há “uma diferença entre o contraditório no processo civil e no penal. Neste, como está em jogo a liberdade das pessoas, ele deve ser real e efetivo”³.

Mutatis mutandis, infere-se que, para tal doutrinador, o processo civil se contentaria com um contraditório de menor amplitude. Esse, aliás, o teor de suas próprias palavras, quando aduz que no “processo civil o contraditório tem menor amplitude. Basta que seja dada ciência às partes do que ocorre no processo, com a oportunidade de reação”⁴.

Cassio Scarpinella Bueno sintetiza esse pensamento, outrora recorrente na doutrina, afirmando que o “núcleo essencial do princípio do contraditório compõe-se, *de acordo com a doutrina tradicional*, de um binômio: ‘ciência e resistência’ ou ‘informação e reação’”⁵.

A doutrina de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, da mesma forma, identifica na doutrina brasileira tal concepção limitada do contraditório:

Em geral, do ponto de vista do seu *conteúdo*, o direito ao contraditório era identificado com a *simples bilateralidade da instância, dirigindo-se tão somente às partes*. Nesse contexto, o contraditório realizava-se apenas com a observância do binômio *conhecimento-reação*. Isto é, uma parte tinha o direito de conhecer as alegações feitas no processo pela outra e tinha o direito de, querendo, contrariá-las. Semelhante faculdade estendia-se igualmente à produção da prova. Trata-se de feição do contraditório própria à cultura do Estado Liberal, confinando as partes, no fundo, no terreno das alegações de fato e da respectiva prova⁶.

² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66.

³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47.

⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47.

⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, vol. 1*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 131, sem itálicos no original.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 501.

Por muito tempo vigorou o entendimento acima exposto no Brasil. Tratava-se, em verdade, de uma compreensão absolutamente errônea do princípio, que somente limitava sua real extensão.

Partia da premissa, como visto, de que o contraditório destinava-se somente às partes, e não ao juiz, que a ele não estaria submetido, o que levou mesmo a se crer que a decisão judicial, para ser considerada devidamente fundamentada, sequer tinha de levar em consideração os argumentos lançados pelas partes no processo, como demonstraremos de maneira minuciosa ao tratarmos do princípio do contraditório em confronto ao dever de fundamentação judicial.

Todavia, nossa melhor doutrina, atenta aos postulados da Constituição da República acerca do devido processo legal e das garantias processuais, e ainda à moderna tendência da legislação comparada, e por fim verificando que o contraditório também se destina ao juiz, se apercebeu de que referido princípio, em verdade, possui dimensão muito maior, e não pode ser limitado ao binômio informação-reação. É o que passamos a demonstrar.

1.2 Da evolução na concepção do princípio: o contraditório como garantia de influência

André Pagani de Souza sustenta que, a partir da interpretação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, verifica-se que “não só às partes deve ser franqueada a sua participação no processo, mas também o próprio magistrado tem o *dever* de participar da preparação do julgamento a ser feito”⁷.

Também Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em comentário ao dispositivo em questão, conclui que o contraditório não se destina somente às partes, mas também ao juiz, ao afirmar que compete a este observar ele mesmo o princípio:

⁷ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78.

Por outro lado, em face do papel ativo que desempenha hoje no processo civil, cumpre ao juiz não só observar ele mesmo o princípio como também tomar todas as providências para que seja respeitado pelas partes⁸.

Por isso é que se passou a afirmar na doutrina que o contraditório possui uma *dupla destinação*: às partes e ao juiz. Quanto às partes, o contraditório trata-se de verdadeiro direito, ao passo que, ao magistrado, é um dever que lhe é imposto⁹.

Às partes, como visto, é um direito, na medida em que lhes proporciona a possibilidade de manifestação no processo, inclusive como decorrência “da própria definição de Estado Democrático e Social de Direito”¹⁰:

*Em outras palavras, não é possível imaginar um Estado – que tenha a igualdade e a justiça como valores supremos, que visa assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, instituído por uma sociedade fundada na harmonia social, na qual todo poder emana do povo – que atue no exercício do seu poder jurisdicional mediante um processo do qual se exclua a participação daqueles que possam ser por ele atingidos de alguma maneira*¹¹.

Comunga do entendimento acima esposado Fredie Didier Jr., o qual aduz que o princípio do contraditório “é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório”¹².

Concluindo o raciocínio, discorre André Pagani de Souza ainda que a participação das partes no processo é o que torna legítima a decisão a ser proferida pelo Estado-juiz:

Dito de outro modo, os destinatários dos atos de poder praticados pelo Estado-juiz devem participar da preparação desse ato para que ele seja qualificado como *legítimo*. Registre-se que não se trata de uma simples

⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao artigo 5º, inciso LV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 435.

⁹ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78-79.

¹⁰ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79-80.

¹¹ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79-80.

¹² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 78.

legitimação pelo procedimento, mas de uma legitimação pela participação que é viabilizada pelo correto cumprimento das normas processuais. É o que se chama de “legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal”¹³.

Desse modo, tendo-se evidenciado que o contraditório está intrinsecamente ligado à ideia de participação das partes, inclusive como expressão da democracia, ele se mostra como verdadeira garantia de influência na formação da decisão a ser proferida¹⁴.

Adicionalmente, como simétrica paridade de armas, o contraditório também está intimamente ligado à isonomia – também garantia constitucional –, “no sentido de que todos têm o direito de terem as mesmas oportunidades de pedir, alegar e provar, assim como a todos deve ser assegurado o direito de reagir aos atos que lhes forem desfavoráveis”¹⁵.

De seu turno, acerca do endereçamento do contraditório também ao juiz, cumpre-nos vez mais transcrever a obra de André Pagani de Souza, porque extremamente elucidativa:

O juiz contemporâneo não é um “convidado de pedra”, um mero espectador das contendas judiciárias. Ele é um dos “atores da trama processual”, um dos seus sujeitos, com poderes e deveres. Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, “deve ele desenvolver sua atividade de condutor do processo de forma ativa, buscando remover todos os obstáculos que se apresentem à efetividade do contraditório”.

A remoção dos obstáculos ao *contraditório real e efetivo* se dá pelo exercício do dever de estimular a participação prévia a respeito de qualquer questão, mesmo aquelas passíveis de exame de ofício, a fim de que as partes tenham real oportunidade de influir no julgamento.

Com efeito, não se concebe *contraditório real e efetivo* sem que as partes possam participar da formação do convencimento do juiz. Assim, o juiz deve se valer de todas as armas que o ordenamento processual coloca à sua disposição para observar e fazer ser observado o princípio do contraditório.

O contraditório real e efetivo, portanto, é “*aquele em razão do qual o juiz tem o dever de proporcionar às partes condições de participação efetiva na elaboração do julgamento, influenciando no resultado*”¹⁶.

¹³ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 80.

¹⁴ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 81.

¹⁵ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 82-83.

¹⁶ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 89.

Vê-se, assim, que o juiz tem o dever de zelar pelo contraditório real e efetivo, proporcionando às partes possibilidade de efetiva participação e influência durante o processo. Nesse sentido, o artigo 7º do Código de Processo Civil em vigor, dispõe, *in verbis*, que é “assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

Mostra-se de maneira desanuviada, portanto, que o contraditório, destinando-se também ao juiz, não pode ser compreendido mais como a mera bilateralidade de instância, mas sim como verdadeira garantia de participação ou de influência na formação da decisão.

Referida concepção, do contraditório em sentido fraco, como estamos aqui demonstrando, foi superada pela moderna doutrina. A propósito, esclarece Estêvão Mallet, citando José Lebre de Freitas, que:

Afinal, hoje não se entende mais o contraditório como a mera e limitada necessidade de ouvir-se a parte sobre o pedido inicialmente deduzido pelo autor. O contraditório é, no seu verdadeiro e pleno sentido, mais do que isso. É também a prerrogativa de “participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questão de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa”. Em resumo, prossegue o mesmo autor, “o escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento do processo”¹⁷.

Observa-se que tal conceito, vez mais, dá enfoque à isonomia (plena igualdade das partes para que possa participar do processo) e conclui que a participação deve encontrar efetiva ressonância na decisão, isto é, deve a parte poder influenciar na decisão do juiz.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira já anunciava, em 1993, que a concepção de contraditório então posta pela doutrina não refletia o real alcance do princípio:

¹⁷ MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

Torna-se, assim, palpável a insuficiência do conceito do contraditório, tal como geralmente entrevisto na doutrina brasileira, ou seja, como mera ciência bilateral dos atos do processo e possibilidade de contraditá-los.

Tal concepção, convém sublinhar, encontra-se ainda fortemente atrelada ao prejuízo antigo de que o direito deveria ser dito exclusivamente pelo Juiz, sem a interferência das partes. A realidade, porém, é muito mais complexa, a impor permanente disquisição em conjunto do órgão judicial e dos participantes do litígio processual.

[...]

Como se constata, mostra-se insuficiente, no contexto delineado no presente trabalho, a velha definição da garantia do contraditório. O princípio deve ter por conteúdo também a oportunidade concedida às partes para se manifestarem, em prazo razoável, sobre todas as questões de fato e de direito essenciais para a decisão da causa, pouco importando que seu exame decorra de decisão voluntária do órgão judicial, ou por imposição da regra *iura novit curia*¹⁸.

Veza mais se verifica que a doutrina mais atenta às garantias processuais constitucionais identifica, no contraditório, mais do que a mera bilateralidade de instância.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, ressaltando que ao contraditório também se submete o juiz, colocam a questão em termos claros, indo ao encontro da doutrina que identifica no contraditório a garantia de influência da parte:

Atualmente, porém, a doutrina tem identificado no direito ao contraditório muito *mais do que simples bilateralidade da instância*. Ao binômio conhecimento-reação tem-se acrescentado a ideia de *cabal participação como núcleo-duro do direito ao contraditório*. É lógico que o contraditório, no processo civil do Estado Constitucional, tem significado completamente diverso daquele que lhe era atribuído à época do direito liberal. Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. *Significa participar do processo e influir nos seus rumos*. Isso é: *direito de influência*. Com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a *gravar igualmente o juiz*. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, *mas fundamentalmente a ele também se submeter*. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório¹⁹.

Rejeita também a concepção de que o contraditório se esgotaria na mera bilateralidade de instância Renzo Cavani, o qual é enfático ao aduzir que:

¹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*. vol. 71/1993, p. 31-38, jul-set/1993.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 501-502.

Nada obstante, refletindo o contraditório a dialética própria do processo – por isso constituindo a sua própria essência –, aquele não pode ser entendido hoje como uma simples *bilateralidade da instância*, concepção que inclusive levou alguns a afirmar que o contraditório seria prescindível para a obtenção de uma decisão justa²⁰.

De tal posição é também caudatário Cassio Scarpinella Bueno, o qual afirma que o contraditório, em seu contexto adequado – o de *direito fundamental* – deve ser entendido como o direito de influenciar, efetivamente, na formação da convicção do juiz ao longo do processo (garantia de influência)²¹. Nesse sentido, conclui que:

Não é despropositado acentuar, ademais, que o princípio do contraditório, máxime porque previsto expressamente ao lado do “princípio da ampla defesa” pelo mesmo texto constitucional (art. 5º, LV), tem que ser lido no sentido mais amplo, de “participação”, de “cooperação”, de “colaboração”, na linha que os parágrafos anteriores quiseram demonstrar. É que a não se pensar dessa forma, buscando, para ele, princípio do contraditório, formas mais amplas de seu emprego no “modelo constitucional do processo civil”, *sua função restaria apequenada, o que contraria a sua própria razão de ser e, superiormente, o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal*. Destarte, a compreensão “restrita” do contraditório como “defesa” (mesmo que ampla) do réu deve ser descartada no direito brasileiro até mesmo em função da forma pela qual ele foi previsto e expressamente enunciado na Constituição Federal²².

Nessa toada, parece-nos particularmente elucidativa a lição de Renzo Cavani, o qual afirma que uma concepção do contraditório limitada ao binômio informação-reação corresponde à figura do contraditório em sentido *fraco*, já superada pela moderna processualística. Aponta ele que, atualmente, o contraditório é concebido de maneira *forte*, e trata-se de verdadeira garantia de influência da parte na formação da decisão jurisdicional. Em suas palavras:

Entender o contraditório como simples bilateralidade de instância implica que apenas as partes são os seus destinatários e que o conteúdo de dito princípio se esgota no binômio conhecimento-reação, é dizer, o direito de uma parte conhecer as alegações feitas no processo pela outra e de se

²⁰ CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2013, nº 218, p. 68.

²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, vol. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 131.

²² BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, vol. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 134, sem itálicos no original.

manifestar a respeito. Assim mesmo, essa visão exclui o juiz como mais um destinatário do contraditório, o qual tem enorme influência não apenas na forma de conduzir o debate judicial, mas também na própria motivação das decisões judiciais. Esse entendimento corresponde à figura de um *contraditório em sentido fraco*.

Contraposto à noção de contraditório fraco encontra-se o *contraditório em sentido forte*. Já não se trata apenas de um direito de conhecer e reagir, mas principalmente de um verdadeiro *direito de influência* no desenvolvimento do processo e na formação da decisão que, como ato de poder do Estado, será suportada pelas partes. O contraditório já não pode ser entendido apenas como a caracterização da essência do processo. Se é bem verdade que esse enquadramento é absolutamente correto, o contraditório não pode se esgotar nessa dimensão, mas, na realidade, deve ser visto como valor-fonte do próprio processo, capaz de promover o exercício de uma democracia participativa e o de ser um instrumento adequado para a busca da verdade no processo.

Assim, contemplado o contraditório como um autêntico direito fundamental processual, cujo núcleo duro está composto pela cabal participação dos seus destinatários (juiz e partes) no processo, habilitados, dessa maneira, a influir no seu desenvolvimento e resolução, fica claro que o contraditório *jamais pode ser excluído da estruturação do processo*²³.

Como visto, Renzo Cavani comunga do entendimento sustentado por André Paganini de Souza e Fredie Didier Jr., concluindo, de igual modo, que o contraditório, entendido como garantia de participação das partes na formação da decisão jurisdicional, é expressão da própria democracia.

Comentando o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República (o qual tem aplicabilidade imediata por força do disposto em seu § 1º²⁴), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sustenta também que:

Na visão atual, o direito fundamental do contraditório situa-se para além da simples informação e possibilidade de reação, conceituando-se de forma mais ampla na outorga de poderes para que as partes participem no desenvolvimento e no resultado do processo, da forma mais paritária possível, influenciando de modo ativo e efetivo a formação dos pronunciamentos judiciais²⁵.

²³ CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2013, nº 218, p. 69-70.

²⁴ “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

²⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao artigo 5º, inciso LV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 433.

Ademais, no que diz respeito à posição sustentada por Marcus Vinicius Rios Gonçalves no sentido de que o contraditório teria maior amplitude no processo penal, nada há, no ordenamento jurídico, que justifique tal distinção entre o referido princípio no âmbito do processo civil ou penal. Veja-se que o contraditório está expressamente previsto na Constituição da República (art. 5º, LV), e, portanto, os “valores constitucionais a serem realizados pelo processo, civil ou penal, são os mesmos. O ‘modo de ser’ do processo é um só, totalmente vinculado à Constituição Federal”²⁶, como bem leciona Cassio Scarpinella Bueno.

Desse modo, fixada está a premissa que assentará este trabalho: o contraditório deve ser entendido como verdadeira garantia de influência da parte na formação da convicção da decisão a ser proferida pelo Estado-juiz, não mais se limitando ao binômio informação-reação.

Por fim, como último tópico antes de adentrarmos especificamente no âmbito das decisões-surpresa, contudo, passaremos a demonstrar que o contraditório guarda profundas relações com o dever de fundamentação das decisões judiciais, o qual também é garantido constitucionalmente.

1.3 O dever de fundamentação das decisões judiciais como garantia de análise dos argumentos das partes

Devidamente demonstrado que o contraditório é, repise-se, verdadeira garantia de participação no processo, cumpre-nos salientar, ainda, que não basta que seja possibilitada a manifestação da parte. Tal manifestação deve encontrar *efetiva ressonância* na decisão que será proferida pelo julgador:

Na perspectiva adotada, cada um dos contraditores pode exercer um conjunto de escolhas, de reações, de controles, e ao mesmo tempo deve suportar os controles e reações dos outros participantes. Além disso, o prolator do pronunciamento deve considerar os resultados assim obtidos.

²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, vol. 1*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 133. Veja-se que, na frase em questão, o doutrinador aponta que não há como se acolher a distinção entre “verdade real” (que seria aplicável ao processo penal) e “verdade formal” (esta, aplicável ao processo civil) feita por parte da doutrina, pela mesma razão apontada em nossa transcrição: o modo de ser do processo, seja penal ou civil, é totalmente vinculado à Constituição Federal, que não faz tal distinção. E, havendo a mesma razão, chega-se à mesma conclusão acerca do contraditório.

O último requisito exige suma importância, visto que o direito fundamental constituiria pura ilusão, se ignorada pelo órgão judicial a participação dos interessados. Em tal hipótese não haveria diálogo, mas monólogo, a contradizer o próprio conceito de processo e afrontar o direito fundamental ora sob análise²⁷.

Noutras palavras: de nada valeria a possibilidade de manifestação da parte no processo se esta não tivesse de ser levada em conta – ainda que para ser repelida – quando do proferimento da decisão. *Seria um verdadeiro contrassenso a garantia do contraditório*, ou, nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, acima transcritas, uma “pura ilusão”.

Referido doutrinador leciona, ainda, que os princípios da cooperação e da lealdade realçam a necessidade, já imposta pelo contraditório, de serem, os argumentos lançados pelas partes, considerados pelo juízo quando da decisão. Ressalta, no entanto, que tal dever do juízo (de enfrentar os argumentos das partes) limita-se aos que não sejam “manifestamente irrelevantes” para o deslinde do processo²⁸.

O dever de enfrentar os argumentos das partes – que já decorria do princípio do contraditório, como visto – veio reforçado pelo § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil em vigor²⁹, o qual inclusive ressalva, em seu inciso IV, que os argumentos que devem ser enfrentados pelo juízo são aqueles “capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, e não os manifestamente irrelevantes.

Nesse sentido, ressaltam Marinoni, Arenhart e Mitidiero que:

²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao artigo 5º, inciso LV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 433.

²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao artigo 5º, inciso LV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 433.

²⁹ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

É importante perceber, porém, que o art. 489, § 1.º, IV, *não visa a fazer com que o juiz rebata todo e qualquer argumento invocado pelas partes no processo*. O Poder Judiciário tem o dever de dialogar com a parte a respeito dos *argumentos capazes de determinar por si só a procedência ou improcedência de um pedido – ou de determinar por si só o conhecimento, não conhecimento, provimento ou desprovimento de um recurso*. Isso quer dizer que todos os *demais argumentos* só precisam ser considerados pelo juiz com o fim de *demonstração de que não são capazes de determinar conclusão diversa* daquela adotada pelo julgador³⁰.

Também Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck, tratando da devida fundamentação das decisões judiciais, decorrente do artigo 93, IX³¹, da Constituição da República, sustentam que a parte tem o direito de ver seus argumentos analisados pelo juízo:

Há uma decisão do Supremo Tribunal Federal (MS 24.268/04 – Min. Gilmar Mendes) da qual, embora diga respeito ao direito administrativo, é possível retirar uma autêntica homenagem ao preceito/princípio que obriga a fundamentação/motivação das decisões judiciais, com base na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, demonstrando que as partes têm os seguintes direitos: (a) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; (b) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defensor a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; (c) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas. O acórdão incorpora, ainda, a doutrina de Durig/Assmann, ao sustentar que o dever de conferir atenção ao direito das partes não envolve apenas a obrigação de tomar conhecimento

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 445-446.

³¹ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

(*Kenntnisnahmepflicht*), mas também a de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*)³².

Justamente quando do proferimento da decisão – mediante a leitura de sua fundamentação – é que as partes terão condições de verificar se seus argumentos foram, de fato, analisados séria e detidamente pelo juízo, ou seja, se a garantia do contraditório e o dever de fundamentação das decisões judiciais foram devidamente respeitados.

Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes não destoam do que foi até aqui exposto, e identificam na garantia de fundamentação racional das decisões, decorrente em nosso ordenamento do artigo 93, IX, da Constituição da República, um “desígnio constitucional para que o juiz respeite, no julgamento, de forma real, a participação das partes na formação do provimento jurisdicional”³³.

E a participação das partes, como tivemos a oportunidade de até aqui expor, decorre diretamente do princípio do contraditório, razão pela qual sustentamos que este está umbilicalmente ligado ao dever de fundamentação das decisões judiciais.

A doutrina aponta, ainda, que a formação da decisão está condicionada a um prévio diálogo entre os jurisdicionados e o julgador a respeito da questão levada a juízo³⁴. Marinoni, Arenhart e Mitidiero afirmam que tal debate prévio se dá acerca da “*seleção do material* que servirá à interpretação e à aplicação do direito”³⁵, e que:

Essa seleção, dimensionada a partir das manifestações das partes e eventualmente por indicações do juiz (*Hinweispflicht*), cria a *expectativa*

³² MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentário ao artigo 93. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1324.

³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009, p. 200.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 444.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 444.

legítima para as partes de que a decisão será fundamentada dentro da moldura delineada pelo debate processual³⁶.

Por tais razões, sustentam tais doutrinadores, mormente pautados pelo artigo 489 do Código de Processo Civil, que especifica o dever de fundamentação já garantido constitucionalmente, que não se considera fundamentada a decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra (artigo 489, § 1º, inciso III, do Código de Processo Civil) e que não enfrente todos os argumentos das partes capazes de, em tese, infirmar a conclusão por ela adotada (artigo 489, § 1º, inciso IV, do Código de Processo Civil)³⁷.

Nesse sentido, acerca da decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra, discorrem que, com “fundamentação padrão, desligada de qualquer aspecto da causa, a parte não é ouvida, porque o seu caso não é considerado”³⁸.

Dessarte, na linha seguida por este trabalho, que demonstra que o contraditório é verdadeira garantia de influência da parte na formação da decisão jurisdicional, resta evidente que tal vício na fundamentação fere de morte a garantia do jurisdicionado, que não tem seus argumentos considerados quando proferida a decisão em solitária onipotência do julgador.

Tratando-se do inciso IV do dispositivo em questão – que não considera fundamentada a decisão que não enfrente todos os argumentos das partes capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador –, tal compreensão, vez mais, só pode ser feita de maneira adequada partindo-se da premissa fundamental de que o contraditório é garantia de influência na formação da decisão.

É esclarecido em nossa melhor doutrina que, quando imperava a concepção clássica ou fraca do contraditório, então limitado à bilateralidade de instância, bastava ao

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 444.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 444.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 445.

juiz julgador, para ter considerada fundamentada sua decisão, que demonstrasse as razões pelas quais adotou a conclusão que vinha inserta no dispositivo.

Para tanto, era suficiente que não houvesse contradição entre as proposições constantes da decisão (a contradição *interna* do julgado, que dá ensejo à oposição dos embargos de declaração atualmente), de modo que se partia de critério *intrínseco* a fim de se verificar se devidamente fundamentada³⁹.

No entanto, compreendendo-se o contraditório em sentido forte, não mais a fundamentação pode ser avaliada tão somente a partir de um critério a ela intrínseco. Agora, está também subordinada a um critério *extrínseco*, a saber, a consideração dos argumentos das partes:

Se contraditório significa direito de influir (arts. 7.º, 9.º e 10), é pouco mais do que evidente que tem de ter como contrapartida *dever de debate – dever de consulta, de diálogo, de consideração*. Como é de fácil intuição, *não é possível aferir se a influência foi efetiva se não há dever judicial de rebate aos fundamentos levantados pelas partes*. Daí a razão pela qual não basta o critério da não contradição: além de não ser contraditória, a fundamentação tem sua completude pautada também por *critério extrínseco* – a consideração pelos argumentos desenvolvidos pelas partes em suas manifestações processuais⁴⁰.

Em linha de conclusão do que até aqui expusemos, é importante que se diga que foi absolutamente superada por nossa doutrina a concepção fraca do contraditório. Atualmente – e gize-se, esta é a premissa que assenta este trabalho – o contraditório é concebido como verdadeira garantia de influência da parte na formação da decisão. Implica dizer: mais do que participação ficta, todos os argumentos deduzidos pela parte no processo terão de ser enfrentados pelo órgão julgador quando do proferimento da decisão, sem o que

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 445.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 445.

não se considerará fundamentada a decisão nos moldes em que constitucionalmente exigida, e que vem expressos no artigo 489 do Código de Processo Civil.

Tudo isso posto, temos agora condições de tratar das decisões-surpresa e de sua vedação em nosso processo civil, o que passamos a fazer.

2 DA VEDAÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA

Bem entendida a questão posta no capítulo anterior, a de que o contraditório é verdadeira *garantia de influência* da parte, podemos, então, analisar o que são as chamadas “decisões-surpresa”, estudando sua vedação inclusive no âmbito do direito comparado, e entender as consequências de seu proferimento. Para adentrarmos a tais questões, contudo, primeiro temos de entender o que é isto – a decisão-surpresa.

2.1 O que é decisão-surpresa?

Se, como vimos, o contraditório é a garantia constitucional de efetiva influência da parte na formação da decisão, por certo é que o juiz não pode decidir com base em fundamento sobre o qual não se tenha dado àquela oportunidade de se manifestar. Tendo decidido sem oportunizar à parte prévia manifestação, a *surpreenderá* com a decisão. Daí é que advém o termo decisão-surpresa.

Enxergam como decorrência do princípio do contraditório a vedação das decisões-surpresa também Marinoni, Arenhart e Mitidiero. Para eles:

Por força dessa nova conformação da ideia de contraditório, a regra está em *todas as decisões definitivas do juízo se apoiem tão somente em questões previamente debatidas pelas partes*, isto é, sobre matéria debatida anteriormente pelas partes (art. 10). Em outras palavras, veda-se o juízo de “*terza via*”. Há proibição de *decisões-surpresa* (*Verbot der Überraschungsentscheidungen*). O direito ao contraditório promove a participação das partes em juízo, tutelando a segurança jurídica do cidadão nos atos jurisdicionais do Estado⁴¹.

Isto é, decisão-surpresa é aquela que tem por fundamento matéria, de fato ou de direito, sobre a qual não foi oportunizado à parte prévio debate. Implica dizer: *é uma decisão tomada sem que a parte tenha tido a possibilidade de nela influenciar*.

Em obra dedicada ao estudo do tema, André Pagani de Souza conceitua a decisão-surpresa da seguinte maneira:

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 502.

Nesse contexto, *decisão-surpresa* é uma decisão fundada em premissas que não foram objeto de prévio debate ou a respeito das quais não se tomou prévio conhecimento no processo em que é proferida. Ou seja, a *decisão-surpresa* é aquela cujos fundamentos não foram mencionados no processo ou a respeito dos quais não foi conferida a oportunidade de prévia manifestação. É uma decisão que surpreende a todos porque é pronunciada sem que ninguém – exceto o seu prolator – tenha tido oportunidade de tomar conhecimento prévio sobre seus fundamentos. Tais premissas – sobre as quais está fundada a *decisão-surpresa* – podem ser questões de fato ou de direito a respeito das quais não se tomou conhecimento, ou melhor, não foram *ventiladas* no processo para possibilitar o debate à luz do contraditório⁴².

Seguindo a mesma linha de entendimento, porém de maneira mais sucinta, Welder Queiroz dos Santos expõe que *decisão-surpresa* “é aquela que contém, como fundamento, matéria, de fato ou de direito, que não tenha sido previamente oportunizada a manifestação dos sujeitos processuais a seu respeito”⁴³.

A doutrina é uniforme, portanto, ao identificar *decisão-surpresa* como aquela que tem por fundamentos elementos até então não debatidos no processo, advindos tão somente da convicção do julgador que, de maneira isolada e sem qualquer manifestação das partes sobre o tema, num verdadeiro *monólogo*, a profere, surpreendendo, portanto, os jurisdicionados.

No mesmo sentido, esclarece Estêvão Mallet que:

A utilização pelo juiz, apenas quando do julgamento, de elementos estranhos ao que se debateu no processo – pouco importa trata-se de elementos de fato ou de direito, matéria de ordem pública que seja – produz o que a doutrina e os tribunais, especialmente os europeus, chamam de “*decisão-surpresa*”, “*decisão solitária*” ou, ainda, “*sentença de terceira via*”⁴⁴.

Logo em seguida, esclarece que “tendo em conta a compreensão atual do contraditório, é algo que se considera inadmissível”⁴⁵.

⁴² SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 136-137.

⁴³ SANTOS, Welder Queiroz dos. A vedação à prolação de “*decisão surpresa*” na Alemanha. *Revista de processo*. vol. 240/2015, p. 425-435, fev. 2015.

⁴⁴ MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “*decisão-surpresa*”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

⁴⁵ MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “*decisão-surpresa*”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

Resta claro, dessarte, que a ideia de decisão-surpresa está intimamente ligada ao contraditório como garantia de influência da parte na formação da decisão jurisdicional. Desse modo, todos os fundamentos da decisão precisam ser previamente debatidos no processo, de modo que se garanta, de fato, a participação das partes no provimento, mediante a análise séria e minuciosa de seus argumentos.

Caso o fundamento da sentença seja matéria, de fato ou de direito, até então não aventada no processo, isto é, sem que a parte tenha tido a chance de expor seu próprio argumento sobre o tema e, assim, influenciar na decisão proferida pelo Estado-juiz, estar-se-á diante da chamada decisão-surpresa, a qual é vedada por nosso ordenamento jurídico, como veremos.

2.2 Vedação das decisões-surpresa no processo civil brasileiro

Decisão-surpresa, como vimos, é aquela que contém, como fundamento, matéria sobre a qual não foi oportunizado prévio debate às partes, de modo que estas não puderam influenciar em sua formação. E, sendo o princípio do contraditório verdadeira garantia de influência ou participação da parte na formação da decisão, *não são necessários grandes esforços hermenêuticos para se chegar à conclusão de que a decisão-surpresa é contrária à garantia processual da parte*, razão pela qual é vedada pelo ordenamento.

Reiteramos, nesse sentido, que o princípio do contraditório, por si só, é bastante a vedar no ordenamento o proferimento de decisão-surpresa, vez que garante a influência do jurisdicionado na formação da decisão judicial. Por isso é que Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes chegam mesmo a afirmar que referido princípio constitui uma garantia de não ser surpreendido:

Desse modo, o *contraditório 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. Tudo que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes, corresponde a surpreendê-las, e a desconsiderar o caráter dialético do

processo, mesmo que o objeto decisório corresponda a matéria apreciável de ofício⁴⁶.

Adicionalmente, o Código de Processo Civil em vigor inovou ao trazer, no bojo seu artigo 10, *in verbis*, 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, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Trata-se da consagração da vedação das decisões-surpresa na legislação infraconstitucional, que agora contém dispositivo expresso para tanto.

Bem esclarece Welder Queiroz dos Santos, a propósito, que referido dispositivo (artigo 10 do Código de Processo Civil) não se trata de uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, como demonstramos acima, porque a vedação já decorria do princípio do contraditório. Em verdade, trata-se de uma inovação apenas no próprio Código de Processo Civil brasileiro, que pela primeira vez contém dispositivo expresso acerca da vedação das decisões-surpresa:

Do ponto de vista teórico, não se trata propriamente de uma novidade. A vedação da *decisão surpresa*, no sistema processual civil brasileiro, é conteúdo do direito fundamental ao contraditório, ao lado dos direitos de comunicação dos atos processuais, de manifestação, de participação no desenvolvimento do processo, de influência no conteúdo das decisões e de ter os argumentos considerados, todos garantidos pelo art. 5.º, LIV, da CF/1988, que possui aplicabilidade imediata.

Como todas as normas infraconstitucionais devem ser analisadas, interpretadas e aplicadas de acordo com a Constituição (que possui força normativa), com os direitos fundamentais (que possuem eficácia e aplicabilidade imediata) e com os princípios (que possuem caráter normativo), logo, todas as regras processuais previstas no Código de Processo Civil devem respeitar o modelo constitucional do direito processual civil.

Entretanto, do ponto de vista pragmático, trata-se de uma inovação em um Código de Processo Civil brasileiro, já que, pela primeira vez, ter-se-á no Brasil a regra da vedação aos órgãos jurisdicionais de proferirem *decisão surpresa*⁴⁷.

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009, p. 178.

⁴⁷ SANTOS, Welder Queiroz dos. A vedação à prolação de “decisão surpresa” na Alemanha. *Revista de processo*. vol. 240/2015, p. 425-435, fev. 2015.

Comunga do entendimento Estêvão Mallet, que, em trabalho produzido enquanto o projeto do Código de Processo Civil atualmente em vigor ainda tramitava no Legislativo, afirmava, a respeito do artigo 10 aqui mencionado, que:

De qualquer sorte, não importa que ainda não exista regra do gênero já positivada e aplicável ao processo civil ou ao processo do trabalho. A exigência, como adverte a doutrina especializada e deflui do assinalado até aqui, é desdobramento da garantia do contraditório e “decorre diretamente da cláusula do devido processo legal”. É, aliás, o que explica haver a jurisprudência considerado indispensável, mesmo sem regra legal positivada, abrir o contraditório quando oferecidos embargos de declaração com efeito infringente, solução que veio a ser inclusive incorporada a alguns regimentos internos de tribunais. No caso, foi-se claramente além do direito posto, tudo para assegurar o respeito ao contraditório e à ampla defesa⁴⁸.

Também Carlos Alberto Alvaro de Oliveira já sustentava, antes da vigência do atual Código de Processo Civil, ao discorrer sobre a vedação expressa existente na França, que em nosso ordenamento ela decorre diretamente do princípio do contraditório:

Embora não haja no sistema jurídico brasileiro regra semelhante a essa, as suas determinações podem ser estabelecidas por aplicação do princípio, assegurado constitucionalmente⁴⁹.

Resta evidente, portanto, que no ordenamento jurídico pátrio a vedação das decisões-surpresa decorre do artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, cuja aplicabilidade é imediata, por força do disposto em seu § 1º.

Todavia, vemos referida inovação com bons olhos.

Inicialmente, por tornar expresso aquilo que dependia de todo o raciocínio até aqui demonstrado, passando pela evolução na concepção do princípio do contraditório, hoje não mais limitado à mera bilateralidade de instância. A posição, contudo, já era pacífica em nossa melhor doutrina, como demonstramos neste trabalho.

Por essa razão, além de consagrar a posição que já era a mais acertada, acreditamos que referida dispositivo ganhará exponencial importância no ordenamento a fim

⁴⁸ MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

⁴⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao artigo 5º, inciso LV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 435.

de possibilitar, principalmente, a interposição de recurso especial por sua violação, garantindo um maior controle das decisões jurisdicionais.

Explica-se: eventual decisão-surpresa até então proferida, como demonstramos, violava – e viola – o princípio do contraditório, garantido pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República. Desse modo, contra as causas decididas em única ou última instância que causassem surpresa à parte, teria ela de interpor recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, com escoro no artigo 102, inciso III, alínea *a*⁵⁰, argumentando violação a referido dispositivo.

Entretanto, a partir do *leading case* ARE 748371⁵¹, o Supremo Tribunal Federal firmou posição de que não há repercussão geral em recurso extraordinário que argumente ofensa ao princípio do contraditório, a qual seria meramente reflexa à Constituição da República, dependendo, para conhecimento, de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.

Dessarte, o recurso extraordinário eventualmente interposto sequer seria conhecido, por força do disposto no § 3º do artigo 102 da Constituição da República⁵², ficando sem meios, o jurisdicionado, de impugnar a decisão.

Agora, existindo dispositivo expresse na legislação infraconstitucional que veda o proferimento das decisões-surpresa, acreditamos que será possível um maior controle das decisões judiciais, mediante interposição do pertinente recurso especial por violação ao artigo 10 do Código de Processo Civil, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea *a*⁵³, também da Constituição da República.

⁵⁰ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;”.

⁵¹ “Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral”.

(ARE 748371 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 06/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2013 PUBLIC 01-08-2013)

⁵² “§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

⁵³ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

2.3 Vedação das decisões-surpresa no direito comparado

Devidamente demonstrada, portanto, a pertinência da inovação constante do artigo 10 do Código de Processo Civil que, ademais, faz com que o Brasil acompanhe a moderna tendência da legislação comparada, que há muito já reconhecia também tal vedação.

Exemplificativamente, veremos como se dá a vedação das decisões-surpresa na Alemanha, na França, em Portugal, na Áustria e na Itália, uma a uma, nesta ordem.

2.3.1 Na Alemanha

A Alemanha foi pioneira na positivação de dispositivo acerca da vedação das decisões-surpresa no processo civil⁵⁴. Originalmente constante do § 278, III, do Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung*, abreviadamente ZPO) desde 1976, a regra da vedação das decisões-surpresa em terras germânicas foi aperfeiçoada pela Lei sobre a Reforma do Processo Civil, de 2001, e hoje consta do § 139 do ZPO⁵⁵, possuindo a seguinte redação:

§ 139 – Condução material do processo. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para complementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;”.

⁵⁴ SANTOS, Welder Queiroz dos. A vedação à prolação de “decisão surpresa” na Alemanha. *Revista de processo*. vol. 240/2015, p. 425-435, fev. 2015.

⁵⁵ SANTOS, Welder Queiroz dos. A vedação à prolação de “decisão surpresa” na Alemanha. *Revista de processo*. vol. 240/2015, p. 425-435, fev. 2015.

sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As comunicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Só é admitido contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito⁵⁶.

Como visto na transcrição acima, na Alemanha, “as partes de um processo não podem ser surpreendidas por decisão fundadas em fatos e circunstâncias a respeito das quais não tenha tomado conhecimento, em razão do princípio do contraditório”⁵⁷.

A vedação das decisões-surpresa, então, decorre diretamente do § 139, (2), do ZPO, o qual abrange não só questões jurídicas, mas também fáticas, consoante expressa disposição legal.

2.3.2 Na França

Na França, dispõe o art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile*:

Artigo 16.

O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório.

Não pode considerar, na sua decisão, os pontos, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que tenham sido objeto de debate em contraditório.

Não pode fundamentar sua decisão sobre pontos de direito que ele próprio haja suscitado de ofício, sem ter previamente chamado as partes a apresentar suas alegações⁵⁸.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, tratando do contraditório na França, afirma que referida norma “resume toda a amplitude alcançada pelo princípio na sua moderna concepção”⁵⁹.

⁵⁶ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 115.

⁵⁷ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 117.

⁵⁸ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 100.

⁵⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao artigo 5º, inciso LV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 435.

O dispositivo evidencia que há muito tempo o direito posto francês reconhece a dupla destinação do princípio do contraditório (às partes e ao juiz), tanto que o faz de maneira expressa em referida norma.

E justamente por se submeter ao princípio do contraditório é que o juiz não pode proferir decisão que tenha por fundamento questões, de fato ou de direito, ainda que cognoscíveis de ofício, sobre as quais as partes não tenham tido oportunidade de manifestação prévia.

Nesse sentido, leciona André Pagani de Souza sobre o princípio do contraditório no direito francês que:

Na prática, o respeito do contraditório pelo juiz consiste em convidar as partes a se manifestarem sobre os pontos que ele pretende levar em consideração na sua decisão, provocar suas explicações quando houver debates ou, ainda, converter o julgamento em diligência para reabrir a instrução ou os debates, quando entender necessário. Somente depois dessas providências é que o magistrado poderá decidir e fundamentar sua decisão em matéria que tenha sido objeto dessa atividade verdadeiramente preparatória do seu ato decisório⁶⁰.

Resta evidente, portanto, que também o direito francês veda as chamadas decisões-surpresa, as quais constituem clara ofensa ao princípio do contraditório.

2.3.3 Em Portugal

Também o direito português, mediante seu Código de Processo Civil em vigor (aprovado em 2013), repetindo disposição que constava do anterior, reza, em seu artigo 3º, número 3, que:

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 pronunciarem⁶¹.

⁶⁰ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 103.

⁶¹ MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

Para André Pagani de Souza, também em Portugal “há muito tempo não se questiona haver no princípio do contraditório uma dupla destinação, sendo ele dirigido às partes e ao juiz, que deve cumpri-lo e também fazer com que ele seja cumprido”⁶², sendo que referida conclusão decorre do próprio dispositivo acima transcrito, que dispõe que o magistrado “deve observar e fazer cumprir” o princípio do contraditório.

E, como já demonstrado neste trabalho, destinar-se o contraditório também ao juiz significa que ele não pode decidir com fundamento em questão acerca da qual não tenham as partes previamente se manifestado, ainda que cognoscível *ex officio* a matéria, no que também é expresso o dispositivo legal.

2.3.4 Na Áustria

Após a reforma de 2002, o direito austríaco passou a conter disposição expressa vedando o proferimento de decisão-surpresa, correspondente ao seu artigo 182a⁶³. Albert Herke, analisando referido dispositivo, afirma que “*il giudice deve discutere con le parti le loro allegazioni in fatto e in diritto, evitando di pervenire a decisioni, appunto, ‘a sorpresa’, frutto di propri convincimenti non sottoposi al necessário preventivo vaglio di queste ultime*”⁶⁴.

VeZ mais fica evidente a necessidade de prévia manifestação da parte, a ser devidamente analisada pelo juiz, a quem é vedado o proferimento de decisão que seja fruto somente de seu próprio convencimento, o que esgotaria a garantia do contraditório.

2.3.5 Na Itália

⁶² SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 109.

⁶³ MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

⁶⁴ *Apud* MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014. Em tradução livre: o juiz deve discutir com as partes as alegações de fato e de direito por elas apresentadas, evitando proferir decisão, propriamente, “à surpresa”, que seja fruto somente de seu próprio convencimento, não submetida ao debate prévio das partes.

Na “velha bota”, o *Codice di Procedura Civile* italiano, sob a rubrica de *principio del contradditorio*, o qual apontamos vastamente neste trabalho como razão pela qual é vedada a decisão-surpresa, dispõe, em seu art. 101, que:

Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. 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 giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione⁶⁵.

Mais uma vez a legislação comparada garante a prévia manifestação da parte sobre a matéria que será objeto de decisão judicial, ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício.

Tratando do tema no direito italiano, Estêvão Mallet, citando Comoglio, afirma que, em razão da vedação das decisões-surpresa, fica o juízo obrigado a:

Provocare preventivamente il contradditorio pieno delle parti su ogni questione, di fatto o di diritto, avente incidenza decisoria, che egli ritenga di rilevare d’ufficio, riservandosi po di porla a fondamento dela successiva sua pronuncia⁶⁶.

Mostra-se de maneira desanuviada, então, que a decisão proferida sem prévia possibilidade de manifestação do jurisdicionado sobre o tema é vedada no ordenamento jurídico italiano. Desse modo, deve o juiz provocar previamente o contraditório pleno das partes para que possa validamente decidir sobre a matéria.

⁶⁵ MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014. Em tradução livre: o juiz, salvo disposição em contrário da lei, não pode proferir decisão sobre alguma demanda, se o polo passivo não for regularmente citado e não comparecer nos autos. Ao constatar questão de ofício, não deve o juiz proferir uma decisão de plano, antes deve intimar as partes, sob pena de nulidade, em prazo não inferior a vinte dias e não superior a quarenta dias, para que depositem em cartório memoriais contendo observações sobre a referida questão.

⁶⁶ MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014. Em tradução livre: provocar previamente o contraditório pleno das partes sobre cada questão, de fato ou de direito, havendo a possibilidade de proferir decisão interlocutória, que ele considerar de ofício, somente depois proferindo decisão sobre o tema.

2.4 A surpresa como causa de nulidade da decisão

Vimos, portanto, a definição de decisão-surpresa, e como esta é vedada em nosso ordenamento jurídico, porque violadora do princípio do contraditório no plano constitucional e, atualmente, do artigo 10 do Código de Processo Civil na legislação infraconstitucional. Adicionalmente, vimos que a legislação brasileira encontra-se de acordo com a moderna legislação processual comparada, que privilegia o contraditório como garantia de influência da parte na formação da decisão judicial.

Tudo isso posto, surge uma questão de máxima pertinência para o estudo da vedação das decisões-surpresa: qual a consequência de seu proferimento se ela, como vimos, fere de morte o princípio do contraditório?

Fredie Didier Jr., sem meias palavras, vai direto ao cerne da questão, respondendo à questão que expusemos acima: “Decisão-surpresa é decisão nula, por violação ao princípio do contraditório”⁶⁷.

É a mesma posição de Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes, os quais afirmam que a “decisão de surpresa deve ser declarada nula, por desatender ao princípio do contraditório”⁶⁸. Por isso, afirmam, com escoro nas lições de Bender e Strecker, que “a decisão de surpresa é um câncer na administração da justiça, visto que subverte a confiança daqueles que procuram justiça no Direito”⁶⁹.

Também Renzo Cavani sustenta que a decisão-surpresa será absolutamente nula, por violação ao princípio do contraditório:

São totalmente inaceitáveis, portanto, as “decisões-surpresa” ou de *terza via*, por violar o núcleo duro do direito fundamental ao contraditório. É por isso que o ato jurisdicional estará maculado por um *vício extraformal* produto de um “inválido exercício, por parte do juiz, do poder de decisão, dando lugar à nulidade do provimento”⁷⁰.

⁶⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 82.

⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009, p. 190.

⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009, p. 194.

⁷⁰ CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2013, nº 218, p. 73. O texto entre aspas é citação da obra de Vittorio Denti, e Renzo Cavani discorre, em sua nota de rodapé de número 31, ainda na página 73 da *Revista de processo*, que “o tema dos vícios formais e extraformais é muito complexo e não pode ser desenvolvido nesta oportunidade. Uma ideia muito clara sobre o tema (do qual sou partidário) encontra-se em Vittorio Denti, *Voz*:

Parece-nos ser essa a conclusão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Discorre, o doutrinador, acerca da inadmissibilidade de serem, as partes, surpreendidas por decisão que tenha por fundamento matéria sobre a qual não tenham podido previamente se manifestar, e afirma que, em casos tais, “permitir-se-á apenas o aproveitamento, na sentença, dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição”⁷¹.

Não destoam dos demais Estêvão Mallet, o qual também enfrentou o tema, para ao fim concluir que decisão-surpresa é nula, havendo “vício processual insanável, pela ofensa aos incisos LIV e LV, da CF”⁷². Em suas palavras:

Se, como se procurou mostrar ao longo dos itens anteriores, a prolação de decisão-surpresa infringe as garantias do contraditório e do devido processo legal, pouco importa não tenha sido deferido algo diverso do pedido. Mesmo que o resultado final seja o que foi postulado, a nulidade permanece. O vício não decorre do resultado, mas do meio para alcançá-lo, incompatível com as garantias constitucionais conferidas aos litigantes⁷³.

Nesse particular, destacamos sua posição: para ele, ainda que seja para deferir o que foi postulado pelo jurisdicionado, é vedado ao juiz proferir decisão-surpresa, podendo inclusive a parte vencedora arguir a nulidade do julgado, pois o vício não decorre do resultado, mas do meio. Isto é, ainda que tenha sido deferido à parte o que ela postulava, não foi garantida sua participação no processo, tampouco influenciou na formação da decisão que proferida. Desse modo, subsiste a ofensa ao princípio do contraditório.

É partidário da conclusão de que a decisão-surpresa caracteriza nulidade processual por violação ao princípio do contraditório também André Pagani de Souza⁷⁴, que ressalta que o prejuízo advém do dano perpetrado à garantia de participação da parte no processo e de sua garantia de influência na formação da decisão:

invalidita (diritto processuale civile). *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*. Milão: Giuffrè, 1997, vol. I, p. 711.” Estendemos sua colocação à essa monografia quando afirma que o tema é complexo para ser discorrido aqui, e inclusive fugiria ao âmbito do trabalho, razão pela qual não foi feita pesquisa sobre ele.

⁷¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*. vol. 71/1993, p. 31-38, jul-set/1993.

⁷² MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

⁷³ MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

⁷⁴ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153.

Em suma, a violação ao princípio do contraditório, em razão da prolação de uma decisão-surpresa, enseja um *prejuízo processual* para a parte e um *cerceamento de defesa*. Assim, a consequência da decisão-surpresa é a sua nulidade, que deverá ser declarada (uma vez verificado o prejuízo). Ou seja, nem sempre será o caso de declaração da nulidade. Há que se tomar o cuidado de verificar se no caso concreto houve a *garantia de participação*. Somente na hipótese de não ter sido assegurada a participação é que se justifica a declaração de nulidade. O “prejuízo” necessário para a declaração da nulidade é o dano causado aos objetivos da *participação* do processo em contraditório. Se o procedimento ficar maculado, mas a garantia de participação sair ilesa, não há nulidade a ser declarada, segundo a máxima “*pas de nullité sans grief*”⁷⁵.

Ressalva-se que, tendo sido garantida a participação da parte na formação da decisão, respeitado estará o princípio do contraditório, de modo que por tal razão não haverá que se falar em nulidade.

Também caudatário da posição de que a decisão-surpresa é nula por violação ao princípio do contraditório, Welder Queiroz dos Santos, muito embora analisando o tema no âmbito do direito comparado, afirma que na “Alemanha não há previsão expressa de sanção em caso de prolação de *decisão surpresa*, em que pese sua eventual nulidade devesse ser extraída do sistema processual”⁷⁶.

Ainda em seu estudo sobre a vedação das decisões-surpresa na Alemanha, declaradamente voltado a “contribuir com a interpretação e aplicabilidade do art. 10 do Novo CPC brasileiro”, reforçando a posição acima transcrita, Welder Queiroz dos Santos sustenta que:

Por fim, a ausência de sanção expressamente prevista em lei para o caso de inobservância e de violação pelos órgãos jurisdicionais da regra da vedação de *decisão surpresa* e dos deveres a ela relacionados, no direito processual civil alemão, faz com que eles nem sempre sejam observados, de modo que a inclusão de sanção expressa teria uma função de incentivo e de dissuasão. Assim, extrai-se da experiência alemã a necessidade de se incluir uma previsão expressa de nulidade para a *decisão surpresa* no sistema processual civil brasileiro⁷⁷.

⁷⁵ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 159-160.

⁷⁶ SANTOS, Welder Queiroz dos. A vedação à prolação de “decisão surpresa” na Alemanha. *Revista de processo*. vol. 240/2015, p. 425-435, fev. 2015.

⁷⁷ SANTOS, Welder Queiroz dos. A vedação à prolação de “decisão surpresa” na Alemanha. *Revista de processo*. vol. 240/2015, p. 425-435, fev. 2015.

Muito embora a nulidade da decisão-surpresa decorra do modelo de direito processual civil que vem traçado desde a Constituição da República, por violação ao princípio do contraditório, comungamos do entendimento acima esposado, no sentido de que seria pertinente a previsão expressa na legislação infraconstitucional. Aliás, tal medida iria ao encontro da legislação italiana, como já vimos em tópico próprio, que veda a decisão-surpresa no artigo 101 de seu Código de Processo Civil, “*a pena di nullità*”.

Ante o exposto, e sob pena de nulidade, conclui-se que é vedado ao juiz proferir decisão que tenha por fundamento matéria, de fato ou de direito, sobre a qual não tenha sido oportunizado à parte prévio debate, o que violaria o princípio do contraditório e também a legislação infraconstitucional (artigo 10 do Código de Processo Civil).

Todavia, ao que parece, a inovação advinda da edição de referida norma no plano infraconstitucional enfrenta resistência de parcela na doutrina e também de alguns setores ligados ao Judiciário, que negam a aplicabilidade plena da vedação em nosso processo civil.

Adicionalmente, e também visando à contribuição acerca do real alcance da vedação das decisões-surpresa em nosso ordenamento e sua correta interpretação, discorreremos sobre algumas situações em que ela é plenamente aplicável.

3 VEDAÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA E SUA APLICABILIDADE

A partir de agora, vista a real dimensão do direito ao contraditório, ou seja, como garantia de não ser surpreendido no processo, e bem conceituada a decisão-surpresa, passaremos a estudar algumas hipóteses nas quais incidirá a vedação, muito embora haja resistência por parte da doutrina e por determinadas instituições.

Nessa toada, como bem apontaram Dierle José Coelho Nunes e Lúcio Delfino acerca do artigo 10 do Código de Processo Civil, que veda, no plano infraconstitucional, as decisões-surpresa:

Mas no Brasil nada é simples. Por mais que a doutrina de cabeça procure demonstrar que o direito-não-pode-ser-meramente-aquilo-que-os-tribunais-dizem-que-ele-é, setores há que se mostram resistentes e se apegam a um conservadorismo sem respaldo constitucional. É difícil apontar as justificativas da “queda de braço”, mas não se pode desprezar razões consequencialistas (com supostos fins de facilitação do trabalho judicial), ignorância acerca das implicações envolvidas na mudança, apego à comodidade e mesmo motivos afetos ao prestígio pessoal e à manutenção de poder⁷⁸.

De modo que nos cumpre, aqui, enfrentar referida resistência contra a aplicação do instituto, de natureza constitucional. Não temos, todavia, a pretensão de esgotar a matéria, tratando de todas as hipóteses de decisões-surpresa existentes, mas sim de estudar algumas questões pontuais acerca da aplicabilidade da vedação.

Bem delimitado o objetivo proposto, passamos a analisar algumas hipóteses.

3.1 A vedação das decisões-surpresa e as matérias cognoscíveis *ex officio*

Questão que se coloca na doutrina é se a possibilidade de influência da parte na decisão se estende às questões cognoscíveis de ofício pelo juiz. Noutras palavras: tratando-se de decisão que pode ser decidida de ofício, deve o juiz colher a manifestação das partes, e

⁷⁸ NUNES, Dierle José Coelho; DELFINO, Lúcio. Enunciado da Enfam mostra juízes contra o contraditório do novo CPC. *Consultor jurídico*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-03/enunciado-enfam-mostra-juizes-contraditorio-cpc>>. Acesso em 27.05.2016.

avaliá-las, antes de decidir? Ou a possibilidade de decidir acerca da matéria, mesmo que ausente qualquer provocação das partes, também dispensa a manifestação destas sobre o tema?

A título de exemplo, o § 5º do artigo 337 do Código de Processo Civil reza que o juiz conhecerá de ofício das seguintes matérias: (i) inexistência ou nulidade da citação; (ii) incompetência absoluta; (iii) incorreção do valor da causa; (iv) inépcia da petição inicial; (v) perempção; (vi) litispendência; (vii) coisa julgada; (viii) conexão; (ix) incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; (x) ausência de legitimidade ou de interesse processual; (xi) falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar; (xii) indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça.

Todas essas matérias – cognoscíveis de ofício – podem ser reconhecidas pelo juiz em sua decisão, independentemente de qualquer provocação das partes. A questão que se coloca é: as partes terão de se manifestar previamente sobre a matéria, caso queira, o juiz, conhecer de algum desses temas sem que tenha havido provocação?

Inicialmente, cumpre-nos lembrar que a própria redação definitiva do artigo 10 do Código de Processo Civil bem resolve a questão, ao destacar, *in fine*, que o juiz não pode decidir sem prévia manifestação das partes, “ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. A mera interpretação gramatical e a observância dos limites semânticos da norma demonstram que, ainda que cognoscível de ofício a matéria, às partes deve ser oportunizada prévia manifestação.

Todavia, não foi essa a conclusão adotada, ao que parece, pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Em seminário voltado à discussão do Código de Processo Civil atualmente em vigor, ela aprovou o enunciado de número 4 acerca do tema, de seguinte teor: “Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015”⁷⁹.

Como visto, malgrado não goze de qualquer força senão persuasiva o enunciado aprovado, mas apenas demonstre a posição de parcela da magistratura sobre o tema, denota-se que eles entendem pela relativização da participação da parte na formação da decisão, o que não se pode admitir.

⁷⁹ Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 27.05.2016.

A incompetência absoluta (ou qualquer outra matéria de ordem pública e cognoscível *ex officio*) tem de ser previamente debatida com a parte antes que o juiz possa invocá-la, a fim de se respeitar plenamente o princípio do contraditório.

A doutrina não destoia de tal conclusão. Didática é a lição de Fredie Didier Jr. sobre o tema:

E, aqui, entra uma distinção que é muito útil, mas pouco lembrada. Uma circunstância é o juiz poder conhecer de ofício, poder agir de ofício, sem provocação da parte. Outra circunstância, bem diferente, é poder o órgão jurisdicional agir sem ouvir previamente as partes. *Poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem ouvir as partes, que não lhe é permitido*⁸⁰.

A distinção também é feita por Nelson Nery Junior, o qual afirma que a decisão sobre matéria cognoscível *ex officio*, muito embora independa de provocação das partes, será nula se não lhes for oportunizada prévia manifestação e garantia de participação:

A circunstância de se tratar de matéria de ordem pública evita a nulidade da decisão que sobrevier, pelo fundamento de que era desnecessária a provocação da parte para que o juiz ou tribunal pudesse decidir sobre a matéria de ordem pública. Mas não evita a nulidade da decisão por *cerceamento de defesa*, por desobediência ao contraditório, caso não se tenha dado oportunidade para as partes, previamente, tomarem conhecimento de que será possível ao juiz ou tribunal decidir determinada matéria *ex officio*⁸¹.

Elucidativas são as lições acima transcritas, que bem diferem a possibilidade de agir de ofício da de agir sem que as partes possam influenciar na decisão a ser tomada pelo Estado-juiz. A primeira possibilidade é certa e não se questiona; a segunda é vedada constitucionalmente, e tal vedação é ratificada no plano infraconstitucional pelo artigo 10 do Código de Processo Civil.

⁸⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 81.

⁸¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. com novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 264.

Renzo Cavani também diferencia a possibilidade de o juiz conhecer de ofício de determinada questão da possibilidade de decidir sem que as partes se manifestem previamente sobre o tema:

Nada obstante, aqui se deixam perceber duas questões bem diferentes: (a) a possibilidade de o juiz verificar de ofício a existência de um vício grave que possa afetar a idoneidade do procedimento (só assim pode ser entendida a equívoca figura das “nulidades insanáveis”); e (b) o *direito* das partes de influenciar na decisão que poderia decretar a nulidade. O primeiro guarda relação com o princípio inquisitivo em sentido processual, é dizer, com os poderes do juiz que se referem à condução do processo (poderes instrutórios, delimitação jurídica da causa, correção das irregularidades do procedimento etc.), enquanto o segundo refere-se exclusivamente ao *direito fundamental ao contraditório*⁸².

Como se vê, não há dúvida, na doutrina, de que é vedada ao magistrado a possibilidade de decidir em solitária onipotência, impondo às partes decisão sobre a qual não tenham podido influenciar, ainda que se trate de matéria de conhecimento oficioso.

Debruçando-se sobre o tema, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira também leciona que:

Ainda em relação a questões que possam ser solucionadas de ofício pelo juiz (v.g., pressupostos processuais, condições da ação, nulidades absolutas), a decisão deve ser tomada só depois de ouvidas as partes a respeito, de forma a não lhes causar surpresa⁸³.

Aliás, no trabalho de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira já se encontrava, há muito, referida posição, sempre apontada como decorrência do princípio do contraditório:

Mesmo a matéria que o Juiz deva conhecer de ofício impõe-se pronunciada apenas com a prévia manifestação das partes, pena de infringência da garantia. Por final, é bem possível recolha o órgão judicial, dessa audiência, elementos que o convençam da desnecessidade, da inadequação ou improcedência da decisão que irá tomar. Ainda aqui o diálogo pode ser proveitoso, porque o Juiz ou o Tribunal, mesmo por hipótese imparcial,

⁸² CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2013, nº 218, p. 66.

⁸³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao artigo 5º, inciso LV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 434.

muita vez não se apercebe ou não dispõe de informações ou elementos capazes de serem fornecidos apenas pelos participantes do contraditório⁸⁴.

Saliente-se que, como bem destaca o autor, a influência das partes não é ficta: deve ser levada em conta pelo juízo – ainda que para rejeitá-la – e é bem provável que o jurisdicionado forneça informações ou elementos não apreensíveis num primeiro momento ou solitariamente pelo julgador.

Discorrendo acerca do real alcance da garantia do contraditório, e atento à moderna tendência mundial de vislumbrá-lo como verdadeira *garantia de influência* na formação da convicção do julgador, Cassio Scarpinella Bueno afirmava que:

Em alguns sistemas jurídicos, a concepção do *princípio da cooperação* mostra-se tão intensa que se veda ao magistrado que fundamente sua decisão em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por elas valorada, analisada diferentemente sem que lhe dê, *antes*, possibilidade de se manifestar. É dizer de forma direta: se o magistrado entende dar ao caso uma solução que, até aquele instante procedimental, não foi objeto de específica consideração, exame e reflexão pelas partes, elas têm o direito de, cientes de qual a análise que o juiz pretende fazer, sobre ela se manifestar *anteriormente*, de forma a que possam influenciar agudamente na convicção derradeira do juiz.

Importante destacar esta última observação. Esta faceta do princípio do contraditório mostra-se tão *forte* que impõe a sua observância mesmo naqueles casos em que, usualmente, a prévia e efetiva manifestação das partes não seria sequer concebida, vale dizer, na prática dos atos de ofício pelo magistrado⁸⁵.

Gize-se que influência na formação da decisão só pode, por óbvio, ser exercida de maneira *prévia* ao proferimento desta, sob pena de esvaziamento da garantia. Por isso, aponta André Pagani de Souza que o juiz deve provocar o debate sobre a matéria cognoscível de ofício antes de tomar a sua decisão, “pois esse é o modo de agir do Estado-juiz no Estado Democrático e Social de Direito: às claras, sem surpresas, sem armadilhas”⁸⁶.

⁸⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*. vol. 71/1993, p. 31-38, jul-set/1993.

⁸⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, vol. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 133.

⁸⁶ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 166.

Anota, ainda, que, “quanto mais as partes participarem da decisão que será proferida, mais próximo o Estado estará do ideal de democracia sobre o qual está alicerçado”⁸⁷.

Nesse sentido, ele exemplifica que, verificando o juiz que há processo idêntico com sentença já transitada em julgado, deve possibilitar às partes manifestação, intimando-as a dizerem acerca do eventual reconhecimento de coisa julgada⁸⁸.

Compartilha do entendimento Nelson Nery Júnior, para quem:

Verificando o juiz que poderá decidir de ofício alguma questão do processo, deve propiciar às partes o conhecimento dessa situação, a fim de que os litigantes saibam da possibilidade de sobrevir decisão sobre aquelas questões, ainda que sejam de ordem pública, a cujo respeito o sistema permite que o juiz decida sem que a matéria tenha sido provocada pela parte⁸⁹.

Não agindo dessa maneira, o juiz proferirá uma decisão-surpresa, violando o direito fundamental das partes ao contraditório. É o que sustenta Renzo Cavani:

Daí que o contraditório na perspectiva do Estado Constitucional exija, como regra, que toda decisão do juiz seja precedida da efetiva oportunidade de as partes nela influírem, ainda em se tratando de uma matéria que caiba ao juiz decidir *ex officio* (como no caso de diversos vícios ocorridos no procedimento). A razão disso é que, ao se permitir às partes manifestar-se, o juiz possuirá maiores informações ou elementos que serão determinantes na adoção da decisão. São totalmente inaceitáveis, portanto, as “decisões-surpresa” ou de *terza via* por violar o núcleo duro do direito fundamental ao contraditório⁹⁰.

Um pouco mais adiante, o mesmo jurista afirma que uma decisão *ex officio*, ainda que decreta nulidade, se adotada sem possibilitar às partes prévia manifestação sobre o

⁸⁷ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 166.

⁸⁸ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 167.

⁸⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. com novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 262.

⁹⁰ CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2013, nº 218, p. 72-73.

vício, “nada mais é do que uma imposição do poder de forma autoritária, precisamente porque se impede que dita decisão seja construída mediante o diálogo e a participação”⁹¹.

Acerca das matérias cognoscíveis de ofício em confronto à vedação das decisões-surpresa, Estêvão Mallet anota que:

De fato, mesmo quando se trate de matéria de ordem pública, sujeita a exame de ofício pelo tribunal, inclusive matéria estritamente de direito, as garantias do contraditório e do devido processo legal, entendidas em seu correto e devido significado, impõem a sua prévia submissão a debate pelas partes, como evidencia a doutrina mais atenta à proteção dos direitos fundamentais dos litigantes⁹².

Por isso é que ele conclui que, ainda que se trate de matéria de conhecimento oficioso, se proferida sem que as partes tenham previamente se manifestado sobre o tema, haverá comprometimento da efetividade do contraditório, “como facilmente se intui”⁹³.

Como visto mediante a acurada análise da doutrina realizada, chega-se à conclusão que, ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício, ela não poderá ser utilizada como fundamento da decisão judicial se o magistrado não possibilitar às partes manifestação prévia sobre o tema, sob pena de nulidade por violação ao princípio do contraditório.

Isso posto, passaremos a analisar ainda outras questões que envolvem a aplicabilidade do instituto da vedação das decisões-surpresa.

3.2 O *iura novit curia* e o contraditório como garantia de não ser surpreendido

Tratando-se de aplicação do direito, prevalece a máxima *iura novit curia*. Isto é, “ainda que as partes tenham situado a controvérsia em torno de determinadas situações jurídicas, não fica o juízo vinculado”⁹⁴. Desse modo, o juiz pode aplicar a norma que entender

⁹¹ CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2013, nº 218, p. 75.

⁹² MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

⁹³ MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

⁹⁴ MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

adequada quando do proferimento de sua decisão, dando qualificação jurídica diversa ao fato daquela proposta pelas partes⁹⁵.

O Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) apresentou à Câmara dos Deputados, enquanto lá tramitava o projeto do então novo Código de Processo Civil, um “substitutivo” para a redação do artigo 10 acima mencionado (redação definitiva já transcrita neste trabalho), para que fosse acrescentada a qualificação jurídica do pedido como exceção à aplicação do dispositivo.

A redação final seria a seguinte: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, questões a respeito das quais possa pronunciar-se de ofício sem dar oportunidade às partes de prévia manifestação”. E então viria o parágrafo único: “O disposto no caput não se aplica aos casos de tutela de urgência, nas hipóteses do art. 307 e à qualificação jurídica do pedido”⁹⁶.

Desse modo, caso o juiz entendesse por dar qualificação jurídica diversa a pedido feito pelas partes, ele não as precisaria convidar a se manifestarem sobre o tema⁹⁷.

No mesmo sentido, a ENFAM aprovou, em seu seminário voltado à discussão do Código de Processo Civil atualmente em vigor, o enunciado 1, de seguinte teor: “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”. Na mesma oportunidade, editou ainda o enunciado 6, a saber: “Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório”⁹⁸.

Infere-se, portanto, que estaria excluída da garantia de influência da parte a qualificação jurídica dos fatos levados a juízo, de modo que seria desnecessária a manifestação dos jurisdicionados sobre o tema, cabendo tão somente ao Estado-juiz impor sua decisão.

⁹⁵ MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

⁹⁶ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 172-173.

⁹⁷ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 173.

⁹⁸ Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 27.05.2016.

O enunciado 6 chega ao absurdo de dizer, de maneira clara, que não constituiria julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos diversos dos apresentados pelas partes.

Dierle José Coelho Nunes e Lúcio Delfino, estarecidos com o teor de tais enunciados, afirmam que:

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), em evento recentemente realizado, intitulado *O Poder Judiciário e o Novo CPC*, aprovou enunciado (Enunciado 1) que desdenha todo o ganho democrático que se pretendeu legislativamente com a implantação, no direito posto, do contraditório substancial. O que se verifica em seus termos é de arrepiar, e chega a surpreender até setores da doutrina mais descrentes em transformações reais⁹⁹.

Por isso, prosseguem suas críticas quanto à resistência ao reconhecimento da real dimensão do princípio do contraditório e da vedação das decisões-surpresa no Brasil:

iii) O próprio evento promovido pela Enfam, circunscrito à participação de magistrados, já é emblemático e, por si só, até dispensaria a elaboração do malfadado Enunciado 1. É que, se o contraditório não implica influência das partes na construção das decisões judiciais, nada mais adequado que a magistratura se unir e definir, sozinha, os sinais de orientação com os quais deverão trabalhar juízes de todo o Brasil ao lidar com o novo CPC. Os juízes decidem como se deve interpretar cada qual dos dispositivos processuais, formando seus enunciados, e nós, os cidadãos-utentes da jurisdição, curvamo-nos comodamente àquilo por eles deliberado (!?).

iv) Se a expressão “fundamento” refere-se apenas ao substrato fático que “orienta o pedido”, o que fazer então com a parte final do artigo 10, que exige manifestação das partes inclusive sobre matérias apreciáveis de ofício? Desde quando prescrições, decadências, ausência de pressupostos processuais dizem respeito a “suportes fáticos que orientam o pedido”? Quer dizer que as matérias de “ordem pública” continuam impermeabilizadas ao contraditório, a despeito do que instituem o artigo 10 do novo CPC e a própria Constituição? Poder-se-ia imaginar que o enunciado não está formulado com exatidão. Isso não deixa de ser verdade! Mas também não se pode desprezar o desejo de implodir o edifício legislativo, minando a doutrina que ergueu o contraditório a condição de garantia de influência e não surpresa. Basta verificar que há, entre os enunciados aprovados, outros que seguem linha semelhante de entendimento¹⁰⁰.

⁹⁹ NUNES, Dierle José Coelho; DELFINO, Lúcio. Enunciado da Enfam mostra juízes contra o contraditório do novo CPC. *Consultor jurídico*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-03/enunciado-enfam-mostra-juizes-contraditorio-cpc>>. Acesso em 27.05.2016.

¹⁰⁰ NUNES, Dierle José Coelho; DELFINO, Lúcio. Enunciado da Enfam mostra juízes contra o contraditório do novo CPC. *Consultor jurídico*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-03/enunciado-enfam-mostra-juizes-contraditorio-cpc>>. Acesso em 27.05.2016.

É evidente, com o devido respeito ao IBDP e à ENFAM, que nada há que justifique a posição por eles sustentada, que só impede a parte de influenciar na formação da convicção do magistrado, em clara ofensa ao contraditório e ao artigo 10 do Código de Processo Civil.

Bem aponta André Pagani de Souza, a propósito, que, dando nova qualificação jurídica ao pedido sem que as partes tenham previamente se manifestado sobre o tema, “o magistrado não atuará em cooperação com as partes e não será leal a elas e ao trabalho em conjunto do qual todos participam para obter o melhor resultado possível: o processo”¹⁰¹.

Referido doutrinador prossegue, esclarecendo que:

Por mais que o órgão judicial conheça o direito, não pode ele subestimar a capacidade das partes de trazer novas luzes para contribuir com a preparação do julgamento, uma vez que são elas que melhor conhecem os fatos, os documentos, as testemunhas e tudo o mais que ensejou o conflito que ele tem diante de si para decidir.

Em suma, é inegável que o magistrado pode dar qualificação jurídica aos fatos que lhe são apresentados, *desde que possibilite o debate prévio das partes sobre a norma jurídica que entende aplicável à espécie*, a fim de que não profira decisão que surpreenda as partes com fundamentos nunca antes debatidos no processo. Logo, pelas razões acima expostas, *data maxima venia*, não se pode concordar com a referida proposta de alteração do projeto de lei feita pelo IBDP¹⁰².

Veja-se que, conforme a lição acima transcrita, sequer se discute a possibilidade de que o magistrado dê qualificação jurídica diversa aos fatos narrados pela parte: por certo tem ele tal faculdade. Entretanto, para que seja válida referida decisão e para que possa dar qualificação jurídica diversa, as partes deverão ser previamente intimadas a fim de se manifestarem sobre o tema, e o magistrado deverá enfrentar todos os argumentos por elas lançados capazes de, em tese, infirmar a conclusão por ele adotada (nos termos, aliás, do artigo 489, § 1º, inciso IV, do Código de Processo Civil).

O dispositivo acima apontado está em plena consonância com o que foi por nós exposto até aqui: o contraditório é verdadeira garantia de influência na formação da decisão a ser proferida pelo Estado-juiz. E essa influência deve ser real, efetiva, e não meramente ficta

¹⁰¹ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 173.

¹⁰² SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 173.

ou presumida. Por isso, não basta ao julgador que colha a manifestação das partes; deve ele analisar, séria e detidamente, todos os argumentos por elas lançados nos autos, capazes de, em tese, infirmar a conclusão que venha a adotar.

A doutrina de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, analisando o tema, justificam a necessidade de se colher e analisar a manifestação da parte também sobre a qualificação jurídica do pedido:

A razão pela qual o direito ao contraditório, inicialmente confinado às alegações de fato e ao terreno da prova, acabou avançando também para o âmbito das alegações jurídicas é muito clara: ao tempo em que se entendia que a jurisdição apenas interpretava uma norma preexistente e que para cada caso havia apenas uma norma aplicável (cognitivismo interpretativo), a legitimidade democrática da solução jurídica do caso advinha do fato de o caso ser resolvido por uma norma legitimada pela atuação do Poder Legislativo (democracia representativa). Quando se passou a entender que a jurisdição, ao interpretar, outorga um sentido possível ao texto, dentre vários aceitáveis (adscritivismo interpretativo), e que nem sempre é aplicável ao caso apenas uma única norma, a legitimidade democrática passou a depender não só da vinculação do juiz aos *dispositivos* da Constituição e da legislação aplicáveis, mas também da prévia oportunidade de participação das partes na decisão (democracia participativa). Portanto, é na teoria da interpretação que reside o elemento que justifica os novos contornos do direito ao contraditório no processo civil¹⁰³.

Atribui-se à teoria da interpretação a razão pela qual as partes devem ter garantida também a influência quanto à qualificação jurídica dos fatos que levam ao Judiciário, pois nem sempre é aplicável ao caso uma única norma, e a legitimidade democrática depende também de as partes poderem participar na preparação da decisão que lhes será imposta (o que André Pagani de Souza chamou de legitimação pela participação¹⁰⁴).

Prosseguem Marinoni, Arenhart e Mitidiero, para ratificar a conclusão a que chegamos no tópico anterior (de que também sobre as matérias de conhecimento oficioso tem as partes de previamente se manifestar) e estender a necessidade de manifestação prévia da parte também à qualificação jurídica dos fatos, sob pena de violação ao princípio do contraditório:

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 502.

¹⁰⁴ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 80.

Essa nova ideia de contraditório, como facilmente se percebe, acaba alterando a maneira como o juiz e as partes se comportam diante da ordem jurídica. Nessa nova visão, é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de pronunciar-se sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício (art. 10).

Exigir-se que o pronunciamento jurisdicional tenha apoio tão somente em elementos sobre os quais as partes tenham tido a oportunidade de manifestarem-se significa evitar a *decisão-surpresa* no processo. Nesse sentido, têm as partes de se pronunciar, previamente à tomada de decisão também no que atine à eventual visão jurídica do órgão jurisdicional diversa daquela aportada por essas ao processo. Isso quer dizer que o brocardo *Iura Novit Curia* só autoriza a variação da visão jurídica dos fatos alegados no processo acaso as partes tenham tido a oportunidade de se pronunciar previamente à tomada de decisão (art. 10). Fora daí há evidente violação à *colaboração* e ao *diálogo* no processo, com afronta inequívoca ao *dever judicial de consulta* e ao *contraditório*¹⁰⁵.

Finalizando o raciocínio, os três expõem, então, que a necessidade de manifestação prévia das partes não se dá no interesse somente das partes, mas se trata de expressão da própria democracia e possibilita decisões mais bem construídas:

Semelhante exigência, de um lado, encontra evidente respaldo no *interesse público* de chegar-se a uma *solução bem amadurecida* para o caso levado a juízo, não podendo ser identificada de modo nenhum como uma providência erigida no interesse exclusivo das partes. Consoante observa a doutrina, o debate judicial amplia necessariamente o quadro de análise, constrange ao cotejo de argumentos diversos, atenua o perigo de opiniões pré-concebidas e favorece a formação de uma decisão mais aberta e ponderada. Funciona, pois, como um evidente instrumento de “democratização do processo”. De outro, conspira para reforçar a confiança do cidadão no Poder Judiciário, que espera, legitimamente, que a decisão judicial leve em consideração apenas proposições sobre as quais pode exercer o seu direito a conformar o juízo¹⁰⁶.

Referidos doutrinadores, como visto, corroboram que é vedado ao magistrado decidir dando qualificação jurídica diversa ao pedido sem que tenha, antes, colhido a manifestação das partes a respeito. Não tendo elas se manifestado previamente, haverá violação à *colaboração* e ao *diálogo* no processo, com afronta ao *dever judicial de consulta* e ao *contraditório*.

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 503.

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 503.

Observe-se que não destoam, em momento algum, da conclusão de André Pagani de Souza, o qual afirma que, “ao não advertir as partes sobre a nova qualificação jurídica que pretender dar ao pedido, o magistrado violará o *dever de prevenção* e o *dever de consulta* inerente ao princípio do contraditório que lhe é endereçado”¹⁰⁷.

Essa é também a posição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, pois, analisando o contraditório como garantia de influência real e prévia na formação da decisão judicial, aponta que ela se estende “à matéria fática ou de puro direito”¹⁰⁸, como o é a qualificação jurídica do pedido. Mais adiante, tratando ainda do princípio do contraditório, desta vez expressamente o confrontando com o brocardo *iura novit curia*, ele afirma que:

Também a nova visão jurídica do juiz sobre um ponto fundamental, não suscitado previamente pelas partes (decorrência do princípio *iura novit curia*), deve ser com elas discutida previamente em homenagem ao princípio do contraditório¹⁰⁹.

Mas tal conclusão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira não se trata de novidade, tampouco foi influenciada pelo projeto do então novo Código de Processo Civil. Já em 1993 apontava ele, em estudo sobre o contraditório:

Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador de escolher a 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 à solução do litígio, em homenagem ao princípio do contraditório¹¹⁰.

No mesmo trabalho, ainda, discorre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que a efetiva e prévia participação das partes no processo se mostra, inclusive, como faceta da democracia, vez que impede que o julgador, em solitária onipotência, meramente imponha sua decisão às partes:

¹⁰⁷ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 173.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao artigo 5º, inciso LV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 433.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Comentário ao artigo 5º, inciso LV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 434.

¹¹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*. vol. 71/1993, p. 31-38, jul-set/1993.

Cumprido assinalar, finalmente, que a problemática ora abordada não está ligada apenas ao interesse das partes, mas encontra íntima conexão com o 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 oficial do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* venham a se transformar em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do Direito¹¹¹.

Só é possível a conclusão, dessarte, de que a vedação das decisões-surpresa tem aplicabilidade plena em nosso processo civil, ainda que se trate somente da qualificação jurídica a ser dada ao fato levado a juízo.

3.3 A improcedência liminar do pedido e a prévia manifestação da parte

Outra questão mostra-se tormentosa acerca da necessidade de prévia manifestação da parte. É que Código de Processo Civil em vigor dispõe, em seu artigo 332¹¹², sobre o instituto da improcedência liminar do pedido. Trata, o dispositivo em questão, da possibilidade de o processo ser extinto com resolução de mérito (e, portanto, fazendo coisa julgada material) antes mesmo de citado o réu.

O magistrado, com escoro em referida norma, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (inciso I); acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal

¹¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*. vol. 71/1993, p. 31-38, jul-set/1993.

¹¹² “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias”.

ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (inciso II); entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (inciso III); ou enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local (inciso IV). Por fim, nos termos do § 1º do dispositivo, o “juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição”.

Dito isso, a questão que importa a este trabalho quanto à aplicação do instituto da improcedência liminar do pedido é: o autor terá de previamente se manifestar sobre o tema objeto da decisão a ser proferida, por força do disposto no artigo 10 do mesmo diploma legal e da garantia constitucional do contraditório como garantia de influência, ou se trataria de exceção legal à vedação das decisões-surpresa?

Daremos dois exemplos para esclarecer a questão proposta.

Inicialmente, vimos que o artigo 332, inciso II, do Código de Processo Civil em vigor, determina que o magistrado julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos. Desse modo, caso o autor não tenha argumentado a distinção (*distinguishing*) ou a superação (*overruling*) da decisão em sua petição inicial, está o magistrado autorizado a proferir decisão sem antes lhe possibilitar manifestação sobre a incidência ou não do precedente em seu caso?

O § 1º do mesmo artigo, outrossim, autoriza o proferimento de sentença de improcedência do pedido independentemente de citação do réu se o magistrado verificar, ainda no juízo de admissibilidade da petição inicial, a ocorrência de prescrição. Contudo, se a hipótese de prescrição sequer foi aventada pelo autor em sua petição inicial, não havendo nesta nada que diga sobre sua interrupção, por exemplo, e o magistrado desde logo profira sentença, tal decisão será nula, como se demonstrou que o são as decisões-surpresa?

É posta na doutrina a questão sobre a qual discorreremos:

Alguém poderia imaginar que o julgamento liminar de improcedência não poderia levar em consideração questões sobre as quais o autor não teve a oportunidade de se manifestar (arts. 5.º, LV, da CF, e 10, CPC). Isso poderia levar à conclusão de que, *acaso o autor não tenha se pronunciado sobre a aplicação do precedente, da jurisprudência, da decadência ou da prescrição* ao seu caso na petição inicial, teria o juiz de oportunizar que o autor se pronunciasse sobre a aplicação do precedente ou da jurisprudência ao seu caso (viabilizando a demonstração de *eventual distinção ainda não realizada*

que o autor entenda pertinente) ou sobre a decadência do direito ou a prescrição da pretensão¹¹³.

Afirmam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, contudo, que, como nesses casos a apelação viabiliza o juízo de retratação pelo magistrado que proferiu a decisão, não haveria desrespeito ao contraditório, o qual seria exercido de maneira eficaz com o recurso¹¹⁴. Estas as palavras de referidos doutrinadores:

No entanto, como nesse caso a apelação excepcionalmente viabiliza a retratação do juiz de primeiro grau (art. 332, § 3.º), pode o contraditório ser exercido eficazmente na apelação, inclusive com a possibilidade de o juiz se retratar e reconhecer que o precedente não é aplicável, que a orientação jurisprudencial não alcança o caso, que não há decadência ou prescrição. E é justamente por essa razão que o art. 332, § 1.º, dispensa o contraditório prévio no julgamento da improcedência liminar que declara a decadência ou a prescrição – pelas mesmas razões, o contraditório deve também ser dispensado quando houver a invocação de precedente não debatido ou de orientação jurisprudencial não discutida pelo autor na petição inicial¹¹⁵.

É a mesma posição de Fredie Didier Jr., para quem:

Essa possibilidade de juízo de retratação é o que garante o respeito ao direito do demandante ao contraditório, que, com as razões da apelação, poderá convencer o juízo do equívoco de sua decisão, inclusive com a possibilidade de demonstrar a distinção do seu caso (art. 489, §1º, VI, CPC). O juízo de retratação homenageia, também, o *princípio da cooperação* (art. 6º, CPC), pois permite que o magistrado “ouça” o que tem a dizer o autor sobre a questão. É importante essa observação, notadamente nos casos de improcedência liminar pelo reconhecimento da prescrição, pois o demandante poderá, por exemplo, demonstrar ao magistrado a ocorrência de algum fato que interrompeu ou suspendeu o curso do prazo prescricional. Se não houvesse a possibilidade de juízo de retratação, a improcedência *liminar* seria inconstitucional, por violar o princípio do contraditório, além de redundar em antinomia com o art. 10 do CPC¹¹⁶.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 169.

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 169-170.

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 169-170.

¹¹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 594.

Como visto, tal parcela da doutrina enxerga, na possibilidade conferida pelo § 3º do artigo 332 do Código de Processo Civil, o devido respeito ao princípio do contraditório, a afastar a necessidade de manifestação prévia da parte sobre o fundamento da decisão que será proferida pelo Estado-juiz. Nessa linha de entendimento, Humberto Theodoro Júnior afirma que:

O julgamento liminar, nos moldes traçados pelo art. 332, não agride o devido processo legal, no tocante às exigências do contraditório e ampla defesa. A previsão de um juízo de retratação e do recurso de apelação assegura ao autor, com a necessária adequação, um contraditório suficiente para o amplo debate em torno da questão de direito enfrentada e solucionada *in limine litis*¹¹⁷.

Como se vê, vez mais encontramos resistência à aplicabilidade plena da vedação das decisões-surpresa em nosso ordenamento, a qual é pautada em justificativas verdadeiramente insustentáveis, como passamos a evidenciar.

De início, é de se afastar o argumento de que o princípio do contraditório seria assegurado pela faculdade conferida ao juiz de se retratar.

Analisando a faculdade de retratação então outorgada pelo § 1º do artigo 285-A do Código Buzaid¹¹⁸, André Pagani de Souza já afirmava que a “possibilidade de o órgão judicial se retratar após o proferimento de uma sentença é remota, tendo em vista a realidade do acúmulo de trabalho que assola o Poder Judiciário brasileiro”¹¹⁹, lição que ainda nos parece plenamente aplicável no momento atual vivido pelo país.

Com mais vagar, assevera o mesmo doutrinador, ainda discorrendo sobre o artigo 285-A do Código Buzaid (cujas razões se aplicam inteiramente ao presente estudo, vez que tratam da tese de que o contraditório seria assegurado pela possibilidade de retratação do juízo na apelação contra sentença de improcedência liminar do pedido), que:

¹¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 762-763.

¹¹⁸ “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação”.

¹¹⁹ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 196.

Com o devido respeito dos que pensam o contrário, a aplicação do § 1º do art. 285-A do Código de Processo Civil, não proporciona a *real e efetiva* atuação do princípio do contraditório, ainda que de forma diferida. O contraditório, nesses casos, é de incidência meramente teórica e fictícia¹²⁰.

Prossegue ele afirmando que o contraditório, nesses casos, é de incidência teórica ou fictícia porque os juízes, na maior parte das vezes, estão sufocados por grande volume de trabalho, de modo que não podem se dar o luxo de examinar um processo por mais de uma vez¹²¹.

Desse modo, discorre que “um processo sem contraditório, em que este é uma simples ficção ou uma possibilidade teórica, não é processo, mas sim *simulacro de processo*”¹²², e conclui que a norma que autorizava o julgamento de improcedência liminar do pedido não era dotada de razoabilidade, porque permitia a existência de um processo “sem contraditório, no qual a possibilidade de retratação do órgão judicial é uma ilusão”¹²³.

E a realidade do foro não diverge do entendimento acima esposado, isto é, de que a possibilidade de retratação judicial, no mais das vezes, não passa de uma ilusão. Isso porque as decisões de retratação se limitam, em sua grande maioria, a manter a decisão recorrida “por seus próprios fundamentos”.

Pensamos que as mesmas críticas feitas ao instituto da improcedência liminar do pedido quando da vigência do Código Buzaid se aplicam ao Código de Processo Civil em vigor. É que, havendo as mesmas razões, isto é, a de que o juízo de retratação não possibilita contraditório real e efetivo, só se pode chegar à mesma conclusão.

Todavia, não só por isso argumentamos que é desacertada a doutrina que afirma que o instituto da improcedência liminar do pedido não viola o artigo 10 do Código de Processo Civil e a garantia constitucional do contraditório.

E isso porque, como demonstramos de maneira minuciosa, decisão-surpresa é decisão proferida sem que a parte possa se manifestar *previamente* sobre seus fundamentos. Desse modo, inconcebível que, na via recursal – portanto, em momento *posterior* ao

¹²⁰ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 196.

¹²¹ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 196.

¹²² SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 196.

¹²³ SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 196.

proferimento da decisão – seja possível se falar que não houve violação ao artigo 10 do Código de Processo Civil, o qual assegura 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”.

Noutras palavras, se somente na via recursal o autor se manifestou sobre o tema, isto só pode significar que a decisão foi proferida com fundamento a respeito do qual não foi oportunizada sua manifestação e, portanto, configurando decisão-surpresa.

Da mesma sorte, e também como visto de maneira clara e suficiente no presente trabalho, o contraditório é atualmente concebido como verdadeira garantia de influência da parte na formação da decisão a ser proferida pelo juízo.

Entretanto, se primeiro é proferida a decisão e somente depois a parte sobre ela pode se manifestar, como é possível sustentar que houve efetiva influência na *formação* da decisão? Clara é a violação perpetrada ao contraditório se não oportunizada prévia manifestação ao autor quando do julgamento de improcedência liminar do pedido.

Era essa a posição de Daniel Mitidiero quando da vigência do Código de Processo Civil anterior:

em linha de conclusão, temos que o art. 285-A, do CPC, está em absoluta dissonância com a dimensão ativa do direito fundamental ao contraditório, entendido como a possibilidade de convencer o órgão judicial da argumentação exposta na inicial¹²⁴.

Veja-se, no mesmo sentido, que muito embora o agravo de instrumento também possibilite juízo de retratação pelo juiz que proferiu a decisão¹²⁵, se esta versar sobre o mérito do processo (artigo 1.015, inciso II, do Código de Processo Civil¹²⁶), por exemplo,

¹²⁴ MITIDIERO, Daniel. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. *Revista de Processo*, n. 144. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 109-110 *Apud* SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 196-197, nota de rodapé 67.

¹²⁵ “Art. 1.018. O agravante poderá requerer a juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso.

§ 1º Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo de instrumento”.

¹²⁶ “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

(...)

II - mérito do processo;”

terá de ser submetida a contraditório prévio, não havendo, mesmo dentre os doutrinadores acima citados, quem sustente o contrário.

E isso porque o contraditório, repise-se, é garantia de influência na *formação* da decisão, e não somente em sua *alteração* ou *reforma*. O artigo 10 do Código de Processo Civil, de seu turno, veda a decisão proferida com fundamento a respeito do qual as partes não tenham a possibilidade *prévia* de se manifestar, sob pena de nulidade.

Trata-se de mais do que a mera manifestação sobre o tema: os argumentos das partes devem ser analisados, séria e detidamente, pelo juízo que proferirá a decisão, o qual tem o ônus de enfrentar todas as razões que possam, em tese, infirmar a conclusão a ser por ele adotada.

O que dissemos acima se aplica a todos os recursos que possibilitam juízo de retratação, de modo que essa possibilidade não afasta (e nem poderia afastar) o direito da parte de influenciar na formação da decisão a ser proferida.

Ainda outro exemplo: caso proferida sentença e contra esta opostos embargos de declaração, havendo a possibilidade de acolhimento com efeitos infringentes¹²⁷, o § 2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil¹²⁸ impõe a intimação do embargado para, querendo, manifestar-se sobre o recurso no prazo de cinco dias. Isto é, a medida garante que a parte possa previamente se manifestar sobre a decisão a ser proferida, podendo influenciar na formação da convicção do julgador.

E é garantida a possibilidade de participação da parte e de influência na decisão ainda que esta possa ser reformada, posteriormente ao seu proferimento (como é óbvio), mediante a interposição do recurso de apelação.

Tudo isso evidencia que nosso sistema processual civil, desde o modelo que lhe foi imposto pela Constituição da República de 1988, prestigia o contraditório prévio, a garantia de influência da parte na formação da decisão a ser proferida (*e, portanto, em*

¹²⁷ A possibilidade de acolhimento com efeitos infringentes é assegurada sempre como *consequência* do vício a ser sanado (omissão, contradição, obscuridade ou erro material), e não como *causa* da oposição dos embargos de declaração.

¹²⁸ “Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.

(...)

§ 2º O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada”.

momento anterior a ela), sendo insustentável que seria respeitado o princípio pela possibilidade de retratação advinda da interposição de recurso.

A doutrina que sustenta a posição de que não haveria prejuízo à parte não se ocupa, ainda, de outra questão de enorme relevância: o pagamento do preparo da apelação. Neste Estado de São Paulo, por exemplo, o valor do preparo corresponde a quatro por cento sobre o valor da causa, nos termos do inciso II do artigo 4º da Lei Estadual nº 11.608, de 29 de dezembro de 2003¹²⁹.

E o autor, sobrevivendo decisão sobre a qual não lhe tenha sido oportunizada prévia manifestação acerca do fundamento, terá de arcar com tal custo para que possa, então, exercitar o contraditório mediante um recurso de apelação que possibilita juízo de retratação que, nos mais das vezes, se limita a manter a decisão “por seus próprios fundamentos”.

Caso esteja litigando em face de réu que será beneficiário da justiça gratuita, não poderá reaver a quantia gasta para que o juiz, somente em juízo de retratação (no mais das vezes ficto), aprecie seus argumentos, *o que já deveria ter feito de maneira prévia à decisão proferida*.

Ficam evidentes, portanto, os prejuízos advindos ao autor decorrentes do julgamento de improcedência liminar do pedido sem a sua prévia manifestação.

Mas ainda mais pode ser dito sobre o tema.

A manifestação prévia, além de assegurada pela garantia constitucional do contraditório e também pelo artigo 10 do Código de Processo Civil, resulta na formação de decisões mais bem construídas, com menor possibilidade de interposição de recurso pelas partes, que já tiveram seus argumentos devidamente apreciados.

Nesse sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira discorre que:

Exatamente em vista dessa realidade é que se mostra inadequada a investigação solitária do órgão judicial; o monólogo consigo mesmo limita necessariamente a perspectiva do observador, enquanto o diálogo, em compensação, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas

¹²⁹ “Artigo 4º - O recolhimento da taxa judiciária será feito da seguinte forma:
I - 1% (um por cento) sobre o valor da causa no momento da distribuição ou, na falta desta, antes do despacho inicial; essa mesma regra se aplica às hipóteses de reconvenção e de oposição;
(...)
II - 4% (quatro por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 511 do Código de Processo Civil, como preparo da apelação e do recurso adesivo, ou, nos processos de competência originária do Tribunal, como preparo dos embargos infringentes; (NR)”

e favorece à formação de um juízo mais aberto e ponderado: “É o diálogo que corrige continuamente a lógica e não a lógica que controla o diálogo”¹³⁰.

Por certo é que os argumentos da parte não podem ser desprezados. Adicionalmente ao direito de influência, o argumento lançado pela parte pode ser decisivo para a decisão a ser proferida, porque é a parte quem melhor conhece os fatos, as provas e a situação que leva ao Judiciário.

Prossegue, portanto, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira para, analisando o direito de manifestação prévia da parte, lecionar que é bastante provável que o juiz recolha, dessa audiência, “elementos que o convençam da desnecessidade, da inadequação ou improcedência da decisão que irá tomar”¹³¹, porque, mesmo imparcial, muitas vezes não se dá conta ou não tem acesso a informações ou elementos que somente podem ser fornecidos pelas partes¹³².

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes argumentam que:

No entanto, torna-se imperiosa a aplicação da chamada participação entre o juiz e as partes (e seus advogados), idealizada pela doutrina tedesca e que, levada a sério, conduziu a idealização de uma nova forma de implementação da cognição ao se perceber que um debate bem feito conduz a redução do tempo processual e a formação de decisões melhor construídas, com a decorrente diminuição da utilização de recursos¹³³.

Referidos doutrinadores complementam, mais adiante:

Ao passo que, como já se percebeu há muito na doutrina e jurisprudência comparada, caso ocorra um debate profícuo para a formação das decisões, contraditório dinâmico, diminui-se o tempo do processo, eis que se diminuem os recursos, ou se reduz consideravelmente a chance de seu acatamento, viabilizando-se a utilização de decisões com executividade imediata¹³⁴.

¹³⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*. vol. 71/1993, p. 31-38, jul-set/1993.

¹³¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*. vol. 71/1993, p. 31-38, jul-set/1993.

¹³² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*. vol. 71/1993, p. 31-38, jul-set/1993.

¹³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009, p. 178.

¹³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009, p. 192.

Significa dizer que a participação das partes é imprescindível para a construção da decisão jurisdicional, sendo que “toda decisão proferida solitariamente iria de encontro ao contraditório”¹³⁵.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior, muito embora somente o faça em relação à prescrição e não às demais hipóteses que autorizariam o julgamento de improcedência liminar do pedido, atenta para a dificuldade de o julgador, sozinho, reconhecê-la:

Malgrado o Código dispense a manifestação prévia dos litigantes na hipótese em análise, nenhum juiz tem, na prática, condições de, pela simples leitura da inicial, reconhecer ou rejeitar uma prescrição¹³⁶.

Isso porque a prescrição envolve, sobretudo, questões de fato, “que, por versar sobre eventos não conhecidos do juiz, o inibem de pronunciamentos prematuros e alheios às alegações e conveniência dos titulares dos interesses em confronto”¹³⁷.

Por fim, discorre referido doutrinador que:

Se é difícil para o juiz decretar *ex officio* e liminarmente a prescrição objetiva do Código Civil (arts. 189, 205 e a maioria dos incisos do art. 206), impossível será fazê-lo nos casos de prescrição subjetiva, como a do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor e alguns incisos do art. 206 do Código Civil. É que nesses casos, além da interferência de impedimentos, interrupções e suspensões, há a imprecisão do termo inicial da prescrição que se relaciona com um dado pessoal e subjetivo: a data do “conhecimento do dano e de sua autoria”¹³⁸.

Tudo isso posto, conclui-se que a decisão de improcedência liminar do pedido sem que a parte previamente seja intimada a se manifestar (*caso não o tenha feito desde logo*

¹³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009, p. 195.

¹³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 761.

¹³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 761.

¹³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 761.

em sua petição inicial) é vedada por nosso sistema processual civil, constituindo ofensa ao princípio do contraditório e ao artigo 10 do Código de Processo Civil.

Conforme se evidenciou neste trabalho, o contraditório é garantia de influência da parte na formação da decisão, sempre prévia a esta, portanto.

Da mesma sorte, o artigo 10, que veda as chamadas decisões-surpresa no processo civil, está inserto no Capítulo I do Código, que regula as “normas fundamentais do processo civil”, de modo que o sistema processual deve ser por elas regido.

Adicionalmente, demonstrou-se que o juízo de retratação possibilitado pela interposição de recurso de apelação não garante o direito de influência da parte na formação da decisão, sendo que, para exercitar a garantia ficta, ainda terá de arcar com as custas do preparo.

Adicionalmente, deixamos claro que o argumento da parte, analisado séria e detidamente, reduz o tempo do processo e leva à formação de decisões mais bem construídas, o que diminui a interposição de recursos.

Por tudo isso, não se pode concordar com a parcela da doutrina que defende que não haveria prejuízo ao contraditório decorrente da ausência de prévia manifestação da parte quanto ao fundamento da decisão que julga liminarmente improcedente o pedido.

Pelas mesmas razões, mostra-se de maneira desanuviada que a exceção trazida pelo parágrafo único do artigo 487 do Código de Processo Civil¹³⁹ conflita diretamente com o princípio do contraditório e com as normas fundamentais do processo civil brasileiro, muito embora trate somente de uma das hipóteses de improcedência liminar do pedido, de modo que lhe deve ser negada aplicação aos casos levados ao juízo.

¹³⁹ “Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

III - homologar:

a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;

b) a transação;

c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se”.

CONCLUSÕES

Vimos que, atualmente, o princípio do contraditório não mais se limita à mera bilateralidade de instância, posição que foi sustentada pela doutrina por muito tempo. Hodiernamente, se reconhece que referido princípio possui uma dupla destinação: às partes e ao juiz. Quanto às partes, o contraditório trata-se de verdadeiro direito, ao passo que, ao magistrado, é um dever que lhe é imposto.

O direito proporcionado às partes pelo princípio do contraditório – inclusive decorrente de o Brasil ser um “Estado Democrático e Social de Direito” – é a possibilidade de sua participação na formação da decisão que lhes será imposta pelo Estado-juiz. Estando intrinsecamente ligado à ideia de participação, o contraditório se mostra como verdadeira garantia de influência da parte na formação da decisão que será proferida.

Quanto ao juiz, tem o dever de zelar por um contraditório real e efetivo, removendo todos os obstáculos necessários para tanto. Desse modo, deve possibilitar às partes participação prévia sobre todas as questões acerca das quais decidirá.

E mais: a garantia de participação ou de influência não pode ser ficta, sendo insuficiente que haja manifestação da parte se esta não for analisada, séria e detidamente, pelo juiz. Todos os argumentos das partes capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador quando do proferimento da decisão terão de ser por este analisados, ainda que para afastá-los. Desse modo, mediante a fundamentação é que o juiz se submete ao contraditório e garante a plena participação das partes, que então estarão, de fato, influenciando na formação da decisão.

E sendo, o contraditório, verdadeira garantia de influência da parte na formação da decisão jurisdicional, é vedado ao juiz que decida tendo por fundamento matéria, de fato ou de direito, a respeito da qual não foi oportunizada prévia manifestação aos jurisdicionados.

Por certo é que, tendo a decisão fundamento até então não aventado no processo, e desconhecido pelas partes, se tratará de verdadeira decisão-surpresa. Isso porque ela verdadeiramente surpreende os jurisdicionados, que não tomaram, em momento algum, conhecimento acerca do tema ou puderam sobre ele se manifestar previamente à decisão.

Desse modo, a decisão-surpresa constitui clara violação ao princípio do contraditório, ao não possibilitar às partes prévia manifestação ou verdadeira influência, sendo vedada pelo ordenamento.

Adicionalmente, e muito embora já decorresse do princípio do contraditório, como visto, a legislação infraconstitucional passou a conter dispositivo que veda expressamente o proferimento de decisões-surpresa, a saber, o artigo 10 do Código de Processo Civil em vigor.

A medida, muito embora não constitua inovação em nosso sistema jurídico, o é no plano da legislação infraconstitucional brasileira, que pela primeira vez contém dispositivo de semelhante teor, indo ao encontro da moderna legislação comparada.

Vemos referida inovação com bons olhos. É que o Supremo Tribunal Federal, a partir do *leading case* ARE 748371, firmou posição de que não há repercussão geral em recurso extraordinário que argumente ofensa ao princípio do contraditório, a qual seria meramente reflexa à Constituição da República, dependendo, para conhecimento, de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.

Por isso, a parte que se visse diante de uma decisão-surpresa – violadora, como visto, do princípio do contraditório – sequer teria seu eventual recurso extraordinário conhecido, não tendo meios efetivos de controle da decisão judicial. Agora, existindo dispositivo expresso na legislação infraconstitucional que veda o proferimento das decisões-surpresa, a parte prejudicada poderá interpor o competente recurso especial por violação ao artigo 10 do Código de Processo Civil, o que constitui maior salvaguarda a seu direito.

Os recursos interpostos contra as decisões-surpresa, no mais das vezes, deverão pleitear a declaração de nulidade da decisão, por violação à garantia constitucional do contraditório e também à legislação infraconstitucional (artigo 10 do Código de Processo Civil), como é pacífico na doutrina.

Todavia, como crítica construtiva ao artigo 10 do Código de Processo Civil, a exemplo do que acontece na Alemanha, onde a falta de previsão expressa de nulidade na legislação infraconstitucional faz com que a vedação nem sempre seja respeitada, acreditamos que andaria bem o legislador pátrio ao acrescentar expressamente a sanção cominada ao descumprimento da norma, como bem o fez a Itália, cuja legislação veda o proferimento de decisão-surpresa, “*a pena di nullità*”.

A aplicabilidade da vedação é plena no âmbito do processo civil brasileiro, vez que decorrente de garantia constitucional. Dessarte, devem ser rejeitadas e duramente criticadas as posições que buscam minorar o real alcance da vedação das decisões-surpresa em nosso ordenamento.

Nesse sentido, é evidente que a vedação das decisões-surpresa se aplica também às questões cognoscíveis *ex officio*, conclusão que decorre, inclusive, da própria redação do artigo 10 do Código de Processo Civil brasileiro, devendo-se respeitar os limites semânticos do texto, o qual reza que, ainda que de conhecimento oficioso a matéria, às partes deve ser oportunizada prévia manifestação.

Pertinente, nesse particular, a distinção entre a circunstância de o juiz poder conhecer de ofício sobre a matéria, isto é, sem que haja provocação da parte, e a possibilidade de proferir decisão sem possibilitar ao jurisdicionado que influencie na formação de sua convicção.

A primeira é certa e não se questiona; a segunda é vedada constitucionalmente, e tal vedação é ratificada no plano infraconstitucional pelo artigo 10 do Código de Processo Civil.

E a garantia da vedação das decisões-surpresa, como não poderia ser diferente, estende-se não só à matéria fática, mas também a qualificação jurídica do pedido. Desse modo, ainda que subsista o brocardo *iura novit curia*, para que seja válida a decisão que outorgue qualificação jurídica diversa da até então sustentada pelas partes, estas deverão ser previamente intimadas a se manifestarem sobre o tema, e o magistrado deverá enfrentar todos os argumentos por elas lançados capazes de, em tese, infirmar a conclusão por ele adotada, nos termos, aliás, do artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil.

A extensão da garantia de influência também à qualificação jurídica dos fatos deve-se à teoria da interpretação, pois nem sempre é aplicável ao caso uma única norma, e também à legitimidade democrática, pois garante às partes a participação na preparação da decisão que lhes será imposta (legitimação pela participação).

Resta evidente, dessarte, que a manifestação prévia das partes é imprescindível para a construção da decisão jurisdicional (que sempre deverá analisar, séria e detidamente, os argumentos lançados), e decorre diretamente do princípio do contraditório.

Por isso é que nem mesmo em sede de improcedência liminar do pedido pode, o magistrado, decidir sem que o autor tenha podido influenciar na formação da decisão.

Relembre-se, por oportuno, que se o contraditório é garantia de participação e de influência na formação da decisão, deverá ser sempre prévio a esta.

E as decisões construídas mediante a participação plena das partes possuem menores chances de reforma e menor índice de interposição de recursos. Isso porque as partes já tiveram seus argumentos devidamente analisados, produziram as provas que entendiam pertinentes e obtiveram resposta do Estado-juiz, o que eleva sobremaneira seu conformismo com a decisão proferida. Além disso, uma decisão assim construída, isto é, que já analisou detidamente os argumentos da parte, ainda que para rejeitá-los, possui maiores índices de acerto.

Desse modo, caso não tenha se manifestado desde logo em petição inicial quanto ao tema que pretende ter por fundamento de sua decisão, é vedado ao juiz decidir sem antes intimar o autor a se manifestar sobre o tema, garantindo-lhe, em respeito ao contraditório, a possibilidade de participação e influência.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, vol. 1*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2013, nº 218, p. 65-78.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. rev., ampl. e atual. com novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho; DELFINO, Lúcio. Enunciado da Enfam mostra juízes contra o contraditório do novo CPC. *Consultor jurídico*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-03/enunciado-enfam-mostra-juizes-contraditorio-cpc>>. Acesso em 27.05.2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*. vol. 71/1993, p. 31-38, jul-set/1993.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil, 2º volume*. 24. ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Welder Queiroz dos. A vedação à prolação de “decisão surpresa” na Alemanha. *Revista de processo*. vol. 240/2015, p. 425-435, fev. 2015.

SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (Coleção direito e processo: técnicas de direito processual, coordenação: Cassio Scarpinella Bueno). São Paulo: Saraiva, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.