

**Universidade do Estado de Mato Grosso – UFMT
Faculdade de Direito
Especialização em Direito Processual Civil**

ELISSANDRA MARIAMA DE ALMEIDA

A VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

CUIABÁ – MT

2018

ELISSANDRA MARIAMA DE ALMEIDA

A VEDAÇÃO DE DECISÃO SURPRESA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil oferecido pela Universidade Federal do Mato Grosso – UFMT, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Orione Neto

CUIABÁ – MT

2018

ELISSANDRA MARIAMA DE ALMEIDA

A VEDAÇÃO DE DECISÃO SURPRESA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual Civil, oferecido pela Universidade Federal de Mato Grosso, como requisito parcial para a obtenção do Título de Especialista em Direito Processual Civil.

- (A) Aprovado
- (B) Aprovado com restrição
- (C) Reprovado

_____ em ____/____/____

Prof. Dr. Luiz Orione Neto

RESUMO

O primeiro capítulo desta monografia é direcionado ao estudo do conteúdo do princípio do contraditório no direito processual civil, iniciando com a concepção clássica da visão deste princípio, ou seja, apenas o seu aspecto formal, e, em seguida a releitura do princípio, com a soma do conteúdo substancial, onde além do binômio informação-reação, o princípio do contraditório garante aos envolvidos no processo a efetiva participação no processo, a possibilidade de influência das partes na construção do provimento jurisdicional, e, inclusive, de não ser surpreendida por decisão. O segundo capítulo aborda sobre o conceito de vedação de decisão surpresa, o direito comprado estrangeiro que auxiliaram a estruturar o regramento da vedação de prolação de decisão surpresa no direito processual brasileiro, bem como a consequência da prolação de decisão surpresa, qual seja, a nulidade. Por fim, o terceiro capítulo trata de algumas hipóteses de aplicação da regra de vedação de proferir a decisão surpresa, no direito processual civil brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Contraditório. Decisão Surpresa. Garantia de Influência. Processo Civil.

ABSTRACT

The first chapter of this monograph is directed to the study of the content of the principle of the contradictory in civil procedural law, beginning with the classical conception of the vision of this principle, that is, only its formal aspect, and then on the re-reading of the principle, with the sum of the substantive content, where in addition to the information-reaction binomial, the principle of adversary guarantees those involved in the process the effective participation in the process, the possibility of influence of the parties in the construction of the jurisdictional provision, and, even, not to be surprised by decision. The second chapter deals with the concept of surprise decision-making, foreign purchased law, which helped to structure the wrap-up of the decision-making process in Brazilian procedural law, as well as the consequence of the decision of surprise decision, that is, nullity. Finally, the third chapter deals with some hypotheses of application of the prohibition rule to issue the surprise decision, in Brazilian civil procedural law.

KEY WORDS: Contradictory. Surprise Decision. Warranty of Influence. Civil lawsuit.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO I – O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	09
1.1. CONCEPÇÃO CLÁSSICA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: ASPECTO FORMAL	10
1.2. A NOVA LEITURA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: ASPECTO SUBSTANCIAL	12
1.2.1. A garantia de participação no desenvolvimento do processo e de influência nas decisões judiciais.....	13
1.2.2. O dever de fundamentação das decisões judiciais como garantia de análise dos argumentos das partes	16
CAPÍTULO II – A VEDAÇÃO DE DECISÃO SURPRESA	19
2.1. CONCEITO DE DECISÃO SURPRESA	19
2.2. VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA NO PROCESSO CIVIL.....	21
2.3. NULIDADE DA DECISÃO SURPRESA.....	24
CAPÍTULO III – APLICAÇÃO DA VEDAÇÃO DE PROLAÇÃO DE DECISÃO SURPRESA.....	32
3.1. A EXTENSÃO DO <i>IURA NOVIT CURIA</i> E A GARANTIA DE NÃO SER SURPREENDIDO	32
3.2. A VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA E AS MATÉRIAS COGNOSCÍVEIS <i>EX</i> <i>OFFICIO</i>	37
3.3. A IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO E A PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DA PARTE	40
3.4. O INDEFERIMENTO E EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUÇÃO

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015, um novo sistema processual civil foi inaugurado no Brasil que tem como base os princípios constitucionais, onde todos os dispositivos do Código devem ser compatíveis e interpretados de acordo com a Constituição Federal, como o princípio do contraditório.

Neste contexto, o objeto deste estudo concentra-se na regra estabelecida no art. 10 do CPC, que é a vedação de prolação de decisão surpresa, como decorrência do princípio do contraditório no novo sistema processual civil.

O problema a ser enfrentado é o estudo e a aplicação da vedação de decisão surpresa no direito processual civil.

O princípio do contraditório substancial previsto no Código de Processo Civil garante às partes a efetiva participação no processo com a possibilidade de influência na construção do provimento jurisdicional e a vedação de decisões surpresas.

Assim, com a finalidade de analisar a releitura do princípio do contraditório, no Código de Processo Civil, que além do seu conteúdo formal (informação-reação) foi acrescentado o conteúdo substancial, entendido como a garantia de não surpresa e de influência das partes na construção do provimento jurisdicional, este trabalho abordará o tema em três capítulos, com a utilização do método dedutivo. Já o desenvolvimento da temática irá observar a técnica de documentação indireta, envolvendo a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental.

O primeiro capítulo expõe sobre a extensão do conteúdo do princípio do contraditório no direito processual brasileiro, na visão clássica (conteúdo formal), e como a sua concepção sofreu uma redefinição a partir de uma nova leitura, deixando uma visão estritamente formal e passando a conter garantia substancial.

No segundo capítulo, procura-se analisar o conceito de decisão surpresa, a construção do regramento de vedação de sua prolação no ordenamento jurídico brasileiro, com base em estudo comparado com a legislação estrangeira, bem como, a consequência da prolação da decisão surpresa, qual seja, a nulidade.

Por fim, no terceiro capítulo, visa examinar a regra de vedação à prolação de decisão surpresa prescrita no Código de Processo Civil.

Desta forma, o presente estudo das implicações da aplicação da regra da vedação de decisão surpresa, como decorrência do princípio do contraditório

substancial no Código de Processo Civil encontra relevância acadêmica e prática, o que motiva a apurada análise de seus desdobramentos no novo sistema processual civil brasileiro.

1. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Inicialmente, para o estudo do tema da vedação da prolação de decisão surpresa no nosso ordenamento jurídico, é importante a análise do princípio do contraditório.

O princípio do contraditório é um direito constitucional e um direito fundamental do processo, está previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, que reza: “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”¹.

Nos dizeres de Welder Queiroz dos Santos:

Assim como todos os demais princípios constitucionais processuais o princípio do contraditório decorre do devido processo legal, do processo justo ou do processo equitativo. (...) O princípio do contraditório é uma das principais garantias fundamentais do sistema de tutela jurisdicional. É princípio fundamental do processo civil e reflete o espírito do brocardo *audiatur et altera pars* e exprime, nas palavras de Luigi Paolo Comoglio, “uma basilar ‘escolha da civilidade do Estado de Direito.”²

O processo é procedimento em contraditório, assim, a ideia do contraditório é inerente a própria ideia de processo, e não há este sem aquele. O princípio do contraditório deve ser visto como estruturante do conceito de processo.³

Este princípio é uma das garantias fundamentais do processo, e é reflexo do princípio democrático, já que visa garantir a participação (democracia) de todos os sujeitos envolvidos no processo, sendo que essa participação direta dos destinatários da decisão judicial é indispensável para a legitimidade do processo. Conforme ensina Fredie Didier Jr.:

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. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder.⁴

No mesmo sentido é a lição de Cândido Rangel Dinamarco:

À base das exigências de cumprimento dos ritos instituídos em lei está a garantia de participação dos sujeitos interessados, pressupondo-se que cada um dos ritos seja desenhado de modo hábil a propiciar e assegurar essa

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

² SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 51.

³ Idem.

⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil**, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 78.

participação. Dessa forma, cumprir o procedimento é também observar o contraditório: sendo apenas o aspecto visível do processo, ele, no fundo, não tem o seu próprio valor, mas o valor das garantias que tutela. O direito ao procedimento, que as partes têm e é solenemente assegurado mediante a cláusula *due process of law*, em substância é direito aos valores processuais mais profundos e notadamente a participação em contraditório.⁵

Nesse diapasão, certos de que o contraditório constitui elemento intrínseco à noção de processo, no âmbito de um Estado de Direito Democrático, mostra-se fundamental analisar o seu tradicional conceito e a sua atual releitura.

1.1. A CONCEPÇÃO CLÁSSICA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: ASPECTO FORMAL.

Na concepção clássica, o conteúdo do princípio do contraditório é compreendido como o binômio informação-reação, ou seja, basta que ao litigante seja informado sobre os atos praticados no processo, dando-lhe ciência destes, bem como, lhe seja possibilitada a reação, o direito de manifestação em relação ao ato processual. Assim, nesta concepção, a doutrina entende que é suficiente o preenchimento desses dois aspectos para que o princípio seja, de fato, respeitado.

Nesse sentido, são as palavras de Moacyr Amaral dos Santos: “imprescindível que se dê ao réu, no processo, oportunidade para defender-se. Oferecida essa oportunidade, respeitado está o princípio.”⁶

Ainda, Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra sustentaram:

Princípio do contraditório denota 'princípio da audiência bilateral e encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo.

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Tomo I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 157.

⁶ 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

pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético.⁷

Nesta visão da efetividade do contraditório, o juiz, ao ouvir uma das partes não pode deixar de ouvir a outra, também se observando princípio constitucional da isonomia.

Esta concepção clássica, parte da premissa de que apenas às partes estariam submetidas ao contraditório e não o juiz.

A corroborar o exposto, o autor Welder Queiroz dos Santos leciona que, tradicionalmente, o princípio do contraditório possui como conteúdo o direito à informação e à reação, sendo que estes são aspectos meramente formais e restringem sua aplicação apenas às partes, não se estendendo ao órgão jurisdicional, este último não estaria submetido ao princípio do contraditório e sua função seria apenas velar pela aplicação do princípio entre as partes.⁸

No mesmo sentido Fredie Didier Jr., identificou o conteúdo formal do princípio do contraditório, nesta concepção:

A garantia de participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, de poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional efetiva a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte.⁹

Conforme acima exposto, sintetizando esta concepção, o contraditório teria como destinatários apenas os litigantes, e não o juiz. Neste contexto, o órgão jurisdicional apenas teria o dever de assegurar às partes a observância do contraditório, ou seja, tinha a obrigação de dar às partes conhecimento dos atos praticados no processo e possibilitar-lhes a reação aos atos desfavoráveis, mas não estaria diretamente submetido aos controles do contraditório.¹⁰

Nesta visão, o juiz decide unilateralmente, ou seja, o juiz é aquele que dita exclusivamente o direito, cabendo às partes, neste caso, dar conhecimento ao órgão jurisdicional dos fatos do conflito, e a este competiria definir a regra jurídica aplicável ao caso.

⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 64.

⁸ SANTOS, Welder Queiroz dos. op cit, p. 57.

⁹ DIDIER JR., Fredie. op cit, p. 78.

¹⁰ NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 35.

Esta noção acabou por esvaziar em grande medida a função dialética do contraditório dentro da estrutura processual, uma vez que inexistiria dever do órgão judicante de levar efetivamente em consideração a contraposição de teses promovida pelas partes na formação do provimento final, mas apenas o dever de informar-lhes e possibilitar-lhes a manifestação, o que acaba por renegar o próprio papel democrático do processo no Estado Constitucional de Direito.¹¹

Afinal, não faria sentido garantir que as partes pudessem falar, se não lhes fosse assegurado o direito de serem ouvidas, isto é, sem que o juiz levasse em consideração os argumentos levantados por elas. Se o sistema processual admitir que o órgão judicante possa proferir decisões que desconsiderem o teor das manifestações das partes sobre o caso, então significa dizer que se admitiria um processo judicial sem a participação democrática das partes na construção do provimento jurisdicional, o que vai em desencontro com o modelo de processo traçado pela Constituição Federal, e, acaba por negar o próprio conceito de processo, entendido como procedimento em contraditório.

Assim, o conteúdo do princípio do contraditório, por muito tempo, foi entendido como satisfatório apenas em seu aspecto formal, isto é, era suficiente que o magistrado comunicasse às partes sobre os atos processuais, e lhe oportunizassem a faculdade de manifestação/impugnação, porém, o juiz não estaria obrigado em suas decisões a levar em consideração os argumentos lançados pelas partes no processo, pois o órgão jurisdicional não estaria submetido ao crivo do princípio em comento.

Atualmente os dispositivos do Código de Processo Civil devem ser interpretados em consonância com a Constituição Federal, desta forma, a doutrina contemporânea, atenta aos postulados da Constituição acerca do devido processo legal e das garantias processuais e verificando que o contraditório também se destina ao juiz, percebeu que referido princípio, em verdade, possui dimensão muito maior, e não pode ser limitado ao binômio informação-reação.

1.2 A NOVA LEITURA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: ASPECTO SUBSTANCIAL

Atualmente, o princípio do contraditório ganha aspectos substanciais, posto que, em um Estado, Democrático, e de Direito, o princípio em referência possui outros

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.30.

conteúdos além dos direitos à comunicação dos atos processuais e à manifestação (aspectos formais), tais como, o direito a participação no desenvolvimento do processo, à influência no conteúdo das decisões judiciais, das partes de terem seus argumentos considerados e de não serem surpreendidas com a prolação de decisão surpresa.¹²

É necessário enfatizar que, esses dois conteúdos do aspecto formal, não foram descartados da ideia de contraditório, pelo contrário, são de suma importância para a concretização do princípio, já que a informação e a comunicação às partes dos atos processuais é essencial para que o princípio do contraditório seja concretizado, pois garante a elas que, querendo, possam se manifestar a respeito do ato processual.

Para tanto, a referida comunicação deve ser feita “tempestivamente para garantir de forma útil a manifestação das partes.”¹³

Ainda, importante destacar que esta possibilidade da parte reagir, garantida pelo princípio do contraditório, lhe possibilita comprovar a veracidade das suas alegações no processo, assim como lhe garante o poder de recorrer das decisões judiciais desfavoráveis, desde que haja recurso previsto no sistema processual.¹⁴

1.2.1 A garantia de participação no desenvolvimento do processo e de influência nas decisões judiciais

O conteúdo do núcleo essencial do princípio do contraditório passa a ser o binômio informação-reação, conforme já previsto na doutrina clássica, acrescida da ideia de efetiva participação dos sujeitos envolvidos no processo no seu desenvolvimento e resultado, além da garantia de não serem surpreendidos com prolações de decisões surpresas.

Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero salientam:

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

¹² SANTOS, Welder Queiroz dos. op cit, p. 58.

¹³ Idem, p. 61.

¹⁴ Idem, p. 66-72.

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 contraditório.¹⁵

Verifica-se com a nova leitura do princípio do contraditório, que ele não se destina apenas às partes, mas também ao órgão jurisdicional, uma vez que compete a este observar e se submeter ao referido princípio, além de obedecer os deveres lhe atribuídos decorrentes do princípio da cooperação, este último princípio está previsto no art. 6º do Código de Processo Civil, que contém a seguinte redação: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”¹⁶

Em decorrência da ideia da colaboração processual é que se extrai que diante do princípio do contraditório, o órgão judicial deve ser participativo no diálogo processual, devendo zelar pelo contraditório entre as partes; se submeter a ele, além de participar e influir nos rumos do processo.

O diálogo é uma das formas do juiz participar do contraditório, pois ele cumpre o seu dever de imparcialidade e demonstra a sua preocupação com as partes ao adotar a conduta de dar a oportunidade a essas de manifestação sobre a causa e ao considerar suas opiniões.¹⁷

Nesta linha, a doutrina passou a afirmar a dupla destinação do contraditório, ou seja, ele tem como destinatário tanto as partes e quanto ao juiz. Em relação às partes, o contraditório trata-se de verdadeiro direito lhes assegurado, ao passo que, ao magistrado, é um dever que lhe é imposto.¹⁸

O fato das partes participarem efetivamente de modo a influir na decisão a ser proferida pelo órgão judicial faz com que o ato seja qualificado como legítimo. É o que se chama de “legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal”.¹⁹

Welder Queiroz dos Santos sintetiza o significado de participação:

Participar do processo significa, durante todo procedimento, possibilitar aos sujeitos da relação jurídico-processual o direito de influir no resultado das decisões judiciais, de ter os argumentos apresentados considerados de forma motivada e fundamentada e, ainda, de não ser surpreendido por decisão que contenha questão de fato ou de direito que não tenha sido debatida, ou ao

¹⁵ 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.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**.

¹⁷ SANTOS, Welder Queiroz dos. op cit, p. 82.

¹⁸ SOUZA, André Pagani de. **Vedação das decisões-surpresa no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78-79.

¹⁹ Idem, p. 80.

menos oportunizada o debate, entre os sujeitos da relação jurídica processual.²⁰

O contraditório se dá pela participação prévia das partes a respeito de qualquer questão, a fim de que elas tenham real oportunidade de influenciar no julgamento da ação, ou seja, não será proferida nenhuma decisão com base em fundamentos não submetidos ao contraditório. Desta forma, o real e efetivo contraditório é o exercido com o dever do juiz em assegurar às partes a efetiva participação no resultado da demanda, podendo estas, inclusive, influenciar no resultado processual.

Esse poder de influência no resultado é oriundo do dever de consulta do juiz,

que deve debater prévia e preventivamente todos os fundamentos da futura decisão e submetê-los aos contraditório, como forma de influenciar no conteúdo da decisão. O dever de consulta impõe ao juiz a submissão de todos os fundamentos da decisão futura ao contraditório. A decisão jurisdicional só pode levar em consideração os fatos e as provas em que foi possível às partes tomarem uma posição. Mas não só o fatos e provas, quando o juiz pretender enquadrar tais fatos em bases normativas diversa daquelas invocadas pelas partes, também caberá a ele observar o dever de consulta, sob pena de proferir decisão surpresa.²¹

Na mesma vertente Cassio Scarpinella Bueno 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).²²

Observa-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, ou seja, o juiz somente poderá fundamentar sua decisão com base em fatos, provas e enquadramentos jurídicos, que foram submetidas à apreciação das partes, sob pena, de se assim não agir, surpreender as partes com a sua decisão, ferindo o princípio do contraditório.

Desse modo, fixada está a premissa que o contraditório deve ser entendido como verdadeira garantia de participação e influência da parte na formação da convicção da decisão a ser proferida pelo magistrado, em todos os fatos e provas da causa.

²⁰ SANTOS, Welder Queiroz dos. op cit, p. 79.

²¹ Idem, p. 80-81.

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. 131.

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

Como visto, o princípio do contraditório garante às partes o direito de participação no processo, de influir nas decisões judiciais proferidas, bem como, lhes garante o direito de que a decisão jurisdicional seja motivada e fundamentada.

A garantia de fundamentação das decisões judiciais está prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal. Analisando esse dispositivo, Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck sustentam que a parte tem o direito de ver seus argumentos analisados pelo juízo, conforme trecho transcrito:

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 (*Kenntnisnahmepflicht*), mas também a de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*).²³

O contraditório garante às partes o direito de terem seus argumentos considerados na decisão jurisdicional proferida, sendo que a fundamentação das decisões possibilita o exercício do controle da atividade jurisdicional, bem como evita a prolação de decisões tomadas de forma solitária e subjetiva pelo magistrado no exercício de sua atividade jurisdicional.

Nessa toada, com base na fundamentação exposta na decisão judicial proferida é que as partes terão condições de verificar se seus argumentos foram, de fato, analisados pelo juízo, ou seja, se a garantia do contraditório e o dever de fundamentação das decisões judiciais foram devidamente respeitados.

Isso não significa dizer que o juiz obrigatoriamente terá que concordar com os argumentos expostos pela parte, mas sim, que as partes têm o direito de verem os

²³CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013, p. 1324.

seus argumentos rejeitos ou acolhidos pelo órgão jurisdicional. Nesse sentido, Welder Queiroz dos Santos Citando Egas Dirceu Moniz de Aragão expõe:

é inadmissível supor que o juiz possa escolher, para julgar, apenas algumas questões que as partes lhe submeterem. Sejam preliminares, prejudiciais, processuais ou de mérito, o juiz tem de examiná-las todas, se não o fizer, a sentença será incompleta.²⁴

Tereza Arruda Alvim, citada também por Welder Queiroz dos Santos, aduz que ao analisar a influência do contraditório na convicção do juiz, distingue decisões suficientemente fundamentada de decisões completas, conforme a seguir transcrito:

Da decisão suficientemente fundamentada, devem constar todos os elementos que o juiz levou em conta para decidir; da decisão completa, devem constar também elementos fáticos e/ou jurídicos que, segundo as partes, ou segundo uma das partes, deveriam ter sido levados em conta pelo juiz, para decidir.²⁵

No entanto, era comum o entendimento constante nas decisões judiciais de que os tribunais não deveriam examinar todas as questões, mas apenas aquelas que se entendiam ser relevantes para a fundamentação da decisão.²⁶ Para tanto, era suficiente que não houvesse contradição entre as proposições constantes da decisão (a contradição interna do julgado), a fim de se verificar que a decisão estaria devidamente fundamentada.²⁷

Porém, tal entendimento foi superado com o advento do art. 489, § 1º, IV do Código de Processo Civil, que dispõe:

Art. 489. (...)
 §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
 IV – Não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.²⁸

Assim, todas as decisões judiciais, seja ela interlocutória, sentença, decisão monocrática do relator ou acórdão, deverá ser completa, e não mais suficientemente fundamentada.²⁹

²⁴ SANTOS, Welder Queiroz dos. op cit, p. 85.

²⁵ Idem, p. 85-86.

²⁶ Idem, p. 87.

²⁷ 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.

²⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**.

²⁹ SANTOS, Welder Queiroz dos. op cit, p. 88.

Atualmente, o contraditório é concebido como verdadeira garantia de influência da parte na formação da decisão. Isto é, vai além de uma mera participação ficta, todos os argumentos deduzidos pela parte no processo necessariamente deverão ser enfrentados pelo órgão julgador quando proferida a decisão, sem o que não se considerará fundamentada a decisão nos moldes em que constitucionalmente exigida, e que vem expressos no artigo 489 do Código de Processo Civil.

2. A VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA

Como visto, o princípio do contraditório garante às partes o direito de serem informadas de todos os atos do processo, de participarem efetivamente do desenvolvimento deste, de influírem na decisão judicial, de terem seus argumentos considerados, bem como, de não serem surpreendidas por decisões judiciais contendo questões de fato e de direito sob as quais não lhe foram oportunizadas a manifestação.

Assim, podemos, então, analisar o que são as chamadas decisões surpresa e entender as consequências de sua prolação.

2.1. CONCEITO DE DECISÃO SURPRESA

Considerando que o contraditório é a garantia constitucional de efetiva influência da parte na formação da decisão, ao juiz é vedado proferir uma decisão com base em fundamento sobre o qual não se tenha dado àquela oportunidade de se manifestar. Tendo o juiz decidido sem oportunizar à parte prévia manifestação, a surpreenderá com a decisão. Daí é que advém o termo decisão-surpresa.

Nos dizeres de Welder Queiroz dos Santos, em obra dedicada ao estudo do tema, assim conceitua decisão surpresa:

Decisão surpresa é aquela que contém como fundamento matéria de fato ou de direito que não tenha sido previamente oportunizada, em nenhum momento processual, a manifestação dos sujeitos processuais a seu respeito. Com efeito, as partes têm o direito de participar do desenvolvimento do processo, de influir no conteúdo da decisão judicial, de ter seus argumentos considerados e de não serem surpreendidas por decisão que contenha fundamento que não tenha sido previamente debatido entre elas.³⁰

Por sua vez, André Pagani de Souza conceitua a decisão surpresa da seguinte maneira:

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

³⁰ Ibidem, p. 88.

foram ventiladas no processo para possibilitar o debate à luz do contraditório.³¹

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. Tendo em conta a compreensão atual do contraditório, é algo que se considera inadmissível³²

A doutrina é uniforme, portanto, ao identificar decisão surpresa como aquela que tem por fundamento matéria, de fato ou de direito, sobre a qual não foi oportunizado prévio debate à parte, a fim de que esta possa influenciar na decisão.

A ideia de decisão-surpresa está intimamente ligada ao contraditório como garantia de influência da parte na formação da decisão jurisdicional.

Nessa mesma linha, Marinoni, Arenhart e Mitidiero enxergam como decorrência do princípio do contraditório a vedação das decisões surpresa. 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 Estado.³³

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 minuciosa de seus argumentos.

Caso o fundamento da sentença seja matéria, de fato ou de direito, até então não aventada no processo, isto é, matéria sob a qual a parte não 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, conforme previsão do art. 10, do CPC.

2.2. VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

³¹ SOUZA, André Pagani de. op cit, p. 136-137.

³² MALLETT, Estêvão. **Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”**. Revista de processo. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/89239-167410-1-pb.pdf>.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op cit, p. 502.

O artigo 10 do Código de Processo Civil assim dispõe: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.³⁴

Conforme o conteúdo do dispositivo acima colacionado, o Código de Processo Civil vedou expressamente a prolação de decisões surpresas.

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.

Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes afirmam que o princípio do contraditório 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 ofício.³⁵

Em razão dessa regra, o juiz e as partes devem manter o diálogo durante todo o processo e a decisão judicial deverá ser o reflexo das respostas das alegações e impugnações formuladas pelas partes dialogar.

Desta forma, as partes têm o poder de expor o seu ponto de vista jurídico ao órgão jurisdicional sobre as matérias que irá fundamentar sua decisão, a fim de se evitar decisão surpresa.

Essa medida é importante para dar efetividade ao princípio do contraditório, assim como diminuir a possibilidade de interposição de recursos, conforme as palavras de Welder Queiroz dos Santos:

Trata-se de boa medida, quiça necessária, a ser adotada pelo juiz e que em nada prejudica o andamento do processo, já que permite o efetivo contraditório, permitindo às partes se manifestarem a respeito de uma

³⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**.

³⁵ 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.

possível nova imputação legal, com possibilidade de influir no convencimento do julgador, o que, de certo modo, pode afetar na diminuição dos recursos.³⁶

Este regramento seguiu a linha de sistemas processuais de diversos outros países, tais quais, Alemanha, França, Portugal e Itália, que preveem em seu ordenamento jurídico a prolação de decisão surpresa viola o princípio do contraditório.

Na Alemanha, a vedação de proferir decisão surpresa foi positivada em 1977, no § 278, III, do Código de Processo Civil Alemão (*Zivilprozessordnung - ZPO*), que impedia o juiz de fundamentar sua decisão com base em elemento ignorado pela parte, sem antes concedê-la a oportunidade de apresentar sua manifestação a respeito.³⁷

Em 2001, com a reforma da ZPO, a referida regra foi aperfeiçoada para abarcar as questões fáticas, além das questões jurídicas, conforme o atual § 139, 2, da ZPO, que é considerado um dos pilares do justo processo (ou devido processo legal) alemão, cuja a redação segue transcrita:

§ 139 – Condução material do processo.

(1) O tribunal tem de discutir com as partes, a relação processual e a relação fática (i.e de mérito), tanto quanto necessário, quando ao aspecto fático e jurídico e formular perguntas. Ele deve fazer com que as partes esclareçam integral e tempestivamente todos os fatos consideráveis, especialmente declarações insuficientes para complementar os fatos alegados, designar as provas e apresentar os pleitos (ou petições) pertinentes.

(2) Caso haja um ponto de vista que uma parte não reconheça ou tenha considerado irrelevante, o tribunal somente pode fundamentar nele sua decisão quando ele advertir sobre ele e der oportunidade para (as partes) manifestar (em)-se sobre isto e desde que não se trate apenas de um credito acessório. O mesmo vale para um ponto de vista reputado diferentemente pelo tribunal em relação ao que ambas as partes reputaram.

(3) O tribunal deve dar atenção às dúvidas a serem consideradas ex officio, em virtude de pontos consideráveis que elas contenham.

(4) Advertência sobre essas regras (i.e., as regras acima) devem ser dadas o mais breve possível e nos autos. A concessão de tais advertências somente pode ser provada por meio do conteúdo dos autos. Contra o conteúdo dos autos somente se admite se for provada falsidade.

(5) Caso não seja possível a uma parte emitir uma declaração urgente sobre uma advertência judicial, então deve ser definido um prazo para que ela apresente uma petição ao tribunal, no qual a declaração será efetivamente por escrito.³⁸

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”.³⁹

³⁶ SANTOS, Welder Queiroz dos. op cit, p. 96

³⁷ Idem, p. 97.

³⁸ Idem, p. 98.

³⁹ SOUZA, André Pagani de. op cit, p. 117.

Na França, o Código de Processo Civil (*Nouveau Code de Procédure Civile*) prevê em seu artigo:

Artigo 16. O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório. (...) Ele não pode fundamentar a sua decisão sobre questões de direito que suscitou de ofício sem ter previamente convocado as partes a apresentar as suas considerações.⁴⁰

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

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 decisório.⁴¹

Resta evidente, portanto, que também o direito francês veda a chamada decisão surpresa, que constitui clara ofensa ao princípio do contraditório.

Em Portugal, a previsão de uma regra específica de vedação à decisão surpresa no Código de Processo Civil português vem estampada no artigo 3º, número 3:

Art. 3º (...) 3 – O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.⁴²

Em consonância com a previsão legal acima, o juiz deve cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito decidir questões de direito ou de fato, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem, salvo em caso de manifesta desnecessidade.

Na Itália, com a reforma do Código de Processo Civil (*Codice di Procedura Civile*) de 18/06/2009 a vedação da decisão surpresa veio expressa, no artigo 101, com a seguinte redação:

⁴⁰ SANTOS, Welder Queiroz dos. op cit, p. 100.

⁴¹ SOUZA, André Pagani de. op cit, p. 103.

⁴² MALLET, Estêvão. **Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”**. *Revista de processo*. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014.

Art. 101. (Princípio do Contraditório) O juiz, salvo se a lei dispuser em contrário não pode decidir sobre alguma demanda, se a parte contra qual ela foi proposta não foi devidamente citada e não compareceu. Se pretende colocar como fundamento da decisão um questão reconhecida de ofício, o juiz reserva a decisão, estabelecendo as partes, sob pena de nulidade, um prazo, não inferior a vinte dias e não superior a quarenta dias da comunicação, para apresentar em secretaria, memoriais contendo observações sobre a mesma questão.⁴³

Assim, caso o magistrado visualize uma questão cognoscível de ofício com a qual pretende fundamentar a decisão, deve provocar preventivamente o contraditório convidando as partes para peticionar, assinalando um prazo.

De acordo com Welder Queiroz dos Santos a inclusão a previsão expressa de nulidade no dispositivo acima transcrito foi uma das mais importantes modificações trazidas pela Lei italiana 69/2009, porque, antes de sua promulgação, havia grande discussão acerca desta nulidade, pois alguns autores não visualizavam a vedação da decisão surpresa como garantia decorrente do princípio constitucional do contraditório.⁴⁴

Podemos constatar, desta forma, que o conteúdo exposto no art. 10, do CPC brasileiro seguiu como inspiração na legislação estrangeira ao dispor expressamente a impossibilidade de ser proferida decisão com base em matéria de fato ou de direito que foi submetida previamente ao debate das partes, inclusive matéria que pode ser conhecida de ofício.

Em que pese o referido dispositivo prever que o juiz não pode proferir decisão surpresa, isso não quer dizer que essa vedação se aplica somente aos juízes de primeiro grau, mas a todos os órgãos encarregados do exercício da jurisdição. Assim, a regra de vedação de prolação de decisão surpresa deve ser observada por todos os órgãos jurisdicionais elencados no art. 92 da Constituição Federal.⁴⁵

2.3. NULIDADES DA DECISÃO SURPRESA

A regra prevista no art. 10 do Código de Processo Civil brasileiro traz a proibição do juiz proferir decisão surpresa, assim, a decisão proferida com base em fundamento sobre o qual não se tenha dado a parte oportunidade de se manifestar em nenhum momento do processo, uma vez que esta decisão violaria o princípio

⁴³ SANTOS, Welder Queiroz dos. op cit, p. 103.

⁴⁴ Idem, p. 104.

⁴⁵ Idem, p. 133-134.

constitucional do contraditório. Neste caso, a consequência para a desobediência da referida regra será a nulidade

É nesse sentido a lição de Fredie Didier Jr. para quem a “decisão surpresa é decisão nula, por violação ao princípio do contraditório”.⁴⁶

É a mesma posição de Nelson Nery Júnior que afirma:

Caso o juiz decida de ofício, sobre questão de ordem pública não submetida previamente ao exame das partes, essa decisão será nula por violação do princípio do contraditório. É certo que, ao decidir questões de ordem pública sem ouvir previamente as partes, o juiz beneficiará uma delas e prejudicará a outra, razão por que esta decisão surpresa terá ofendido a paridade das armas e será, portanto, nula.⁴⁷

Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes comungam da mesma posição ao afirmarem que a “decisão de surpresa deve ser declarada nula, por desatender ao princípio do contraditório”.⁴⁸

Não destoam do entendimento de Estêvão Mallet que ensina que a decisão surpresa é nula, pois há “vício processual insanável, pela ofensa aos incisos LIV e LV, da CF”.⁴⁹

Também, André Pagani de Souza sustenta que a decisão surpresa será absolutamente nula, por violação ao princípio do contraditório: “o proferimento de uma decisão surpresa resulta da não observância do princípio do contraditório, o que pode ensejar cerceamento de defesa e, por consequência, a declaração de nulidade do processo”.⁵⁰

A jurisprudência é assente em relação a nulidade da decisão surpresa, por ofensa ao princípio do contraditório, assim, foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial, conforme acórdão abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. JULGAMENTO SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS. APLICAÇÃO DO ART. 10 DO CPC/2015. PROIBIÇÃO DE DECISÃO SURPRESA. VIOLAÇÃO. NULIDADE. 1. Acórdão do TRF da 4ª Região extinguiu o processo sem julgamento do mérito por insuficiência de provas sem que o fundamento adotado tenha sido previamente debatido pelas partes ou objeto de contraditório preventivo. 2. O art. 10 do CPC/2015 estabelece que o juiz não pode decidir, em grau algum

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie. op cit, p. 82.

⁴⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. op cit, p. 225.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ MALLET, Estêvão. **Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”**. Revista de processo. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/89239-167410-1-pb.pdf>.

⁵⁰ SOUZA, André Pagani de. op cit, p. 161.

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. 3. Trata-se de proibição da chamada decisão surpresa, também conhecida como decisão de terceira via, contra julgador que rompe com o modelo de processo cooperativo instituído pelo Código de 2015 para trazer questão aventada pelo juízo e não ventilada nem pelo autor nem pelo réu. 4. A partir do CPC/2015 mostra-se vedada decisão que inova o litígio e adota fundamento de fato ou de direito sem anterior oportunidade de contraditório prévio, mesmo nas matérias de ordem pública que dispensam provocação das partes. Somente argumentos e fundamentos submetidos à manifestação precedente das partes podem ser aplicados pelo julgador, devendo este intimar os interessados para que se pronunciem previamente sobre questão não debatida que pode eventualmente ser objeto de deliberação judicial. 5. O novo sistema processual impôs aos julgadores e partes um procedimento permanentemente interacional, dialético e dialógico, em que a colaboração dos sujeitos processuais na formação da decisão jurisdicional é a pedra de toque do novo CPC. 6. A proibição de decisão surpresa, com obediência ao princípio do contraditório, assegura às partes o direito de serem ouvidas de maneira antecipada sobre todas as questões relevantes do processo, ainda que passíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado. O contraditório se manifesta pela bilateralidade do binômio ciência/influência. Um sem o outro esvazia o princípio. A inovação do art. 10 do CPC/2015 está em tornar objetivamente obrigatória a intimação das partes para que se manifestem previamente à decisão judicial. E a consequência da inobservância do dispositivo é a nulidade da decisão surpresa, ou decisão de terceira via, na medida em que fere a característica fundamental do novo modelo de processualística pautado na colaboração entre as partes e no diálogo com o julgador. 7. O processo judicial contemporâneo não se faz com protagonismos e protagonistas, mas com equilíbrio na atuação das partes e do juiz de forma a que o feito seja conduzido cooperativamente pelos sujeitos processuais principais. A cooperação processual, cujo dever de consulta é uma das suas manifestações, é traço característico do CPC/2015. Encontra-se refletida no art. 10, bem como em diversos outros dispositivos espalhados pelo Código. 8. Em atenção à moderna concepção de cooperação processual, as partes têm o direito à legítima confiança de que o resultado do processo será alcançado mediante fundamento previamente conhecido e debatido por elas. Haverá afronta à colaboração e ao necessário diálogo no processo, com violação ao dever judicial de consulta e contraditório, se omitida às partes a possibilidade de se pronunciarem anteriormente "sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício" (MARIANI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 209). 9. Não se ignora que a aplicação desse novo paradigma decisório enfrenta resistências e causa desconforto nos operadores acostumados à sistemática anterior. Nenhuma dúvida, todavia, quanto à responsabilidade dos tribunais em assegurar-lhe efetividade não só como mecanismo de aperfeiçoamento da jurisdição, como de democratização do processo e de legitimação decisória. 10. Cabe ao magistrado ser sensível às circunstâncias do caso concreto e, prevendo a possibilidade de utilização de fundamento não debatido, permitir a manifestação das partes antes da decisão judicial, sob pena de violação ao art. 10 do CPC/2015 e a todo o plexo estruturante do sistema processual cooperativo. Tal necessidade de abrir oitiva das partes previamente à prolação da decisão judicial, mesmo quando passível de atuação de ofício, não é nova no direito processual brasileiro. Colhem-se exemplos no art. 40, §4º, da LEF, e nos Embargos de Declaração com efeitos infringentes. 11. Nada há de heterodoxo ou atípico no contraditório dinâmico e preventivo exigido pelo CPC/2015. Na eventual hipótese de adoção de fundamento ignorado e imprevisível, a decisão judicial não pode se dar com preterição da ciência prévia das partes. A negativa de efetividade ao art. 10

c/c art. 933 do CPC/2015 implica error in procedendo e nulidade do julgado, devendo a intimação antecedente ser procedida na instância de origem para permitir a participação dos titulares do direito discutido em juízo na formação do convencimento do julgador e, principalmente, assegurar a necessária correlação ou congruência entre o âmbito do diálogo desenvolvido pelos sujeitos processuais e o conteúdo da decisão prolatada. 12. In casu, o Acórdão recorrido decidiu o recurso de apelação da autora mediante fundamento original não cogitado, explícita ou implicitamente, pelas partes. Resolveu o Tribunal de origem contrariar a sentença monocrática e julgar extinto o processo sem resolução de mérito por insuficiência de prova, sem que as partes tenham tido a oportunidade de exercer sua influência na formação da convicção do julgador. Por tratar-se de resultado que não está previsto objetivamente no ordenamento jurídico nacional, e refoge ao desdobramento natural da controvérsia, considera-se insuscetível de pronunciamento com desatenção à regra da proibição da decisão surpresa, posto não terem as partes obrigação de prevê-lo ou advinha-lo. Deve o julgado ser anulado, com retorno dos autos à instância anterior para intimação das partes a se manifestarem sobre a possibilidade aventada pelo juízo no prazo de 5 (cinco) dias. 13. Corroborando a pertinência da solução ora dada ao caso o fato de a resistência de mérito posta no Recurso Especial ser relevante e guardar potencial capacidade de alterar o julgamento prolatado. A despeito da analogia realizada no julgado recorrido com precedente da Corte Especial do STJ proferido sob o rito de recurso representativo de controvérsia (REsp 1.352.721/SP, Corte Especial, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 28/4/2016), a extensão e o alcance da decisão utilizada como paradigma para além das circunstâncias ali analisadas e para "todas as hipóteses em que se rejeita a pretensão a benefício previdenciário em decorrência de ausência ou insuficiência de lastro probatório" recomenda cautela. A identidade e aplicabilidade automática do referido julgado a situações outras que não aquelas diretamente enfrentadas no caso apreciado, como ocorre com a controvérsia em liça, merece debate oportuno e circunstanciado como exigência da cooperação processual e da confiança legítima em um julgamento sem surpresas. 14. A ampliação demasiada das hipóteses de retirada da autoridade da coisa julgada fora dos casos expressamente previstos pelo legislador pode acarretar insegurança jurídica e risco de decisões contraditórias. O sistema processual pátrio prevê a chamada coisa julgada secundum eventum probationis apenas para situações bastante específicas e em processos de natureza coletiva. Cuida-se de técnica adotada com parcimônia pelo legislador nos casos de ação popular (art. 18 da Lei 4.717/1965) e de Ação Civil Pública (art. 16 da Lei 7.347/1985 e art. 103, I, CDC). Mesmo nesses casos com expressa previsão normativa, não se está a tratar de extinção do processo sem julgamento do mérito, mas de pedido julgado "improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova" (art. 16, ACP). 15. A diferença é significativa, pois, no caso de a ação coletiva ter sido julgada improcedente por deficiência de prova, a própria lei que relativiza a eficácia da coisa julgada torna imutável e indiscutível a sentença no limite das provas produzidas nos autos. Não impede que outros legitimados intentem nova ação com idêntico fundamento, mas exige prova nova para admissibilidade initio litis da demanda coletiva. 16. Não é o que se passa nas demandas individuais decididas sem resolução da lide e, por isso, não acobertadas pela eficácia imutável da autoridade da coisa julgada material em nenhuma extensão. A extinção do processo sem julgamento do mérito opera coisa julgada meramente formal e torna inalterável o decisum sob a ótica estritamente endoprocessual. Não obsta que o autor intente nova ação com as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, inclusive com o mesmo conjunto probatório, e ainda assim receba decisão díspar da prolatada no processo anterior. A jurisdição passa a ser loteria em favor de uma das partes em detrimento da outra, sem mecanismos legais de controle eficiente. Por

isso, a solução objeto do julgamento proferido pela Corte Especial do STJ no REsp 1.352.721/SP recomenda interpretação comedida, de forma a não ampliar em demasia as causas sujeitas à instabilidade extraprocessual da preclusão máxima. 17. Por derradeiro, o retorno dos autos à origem para adequação do procedimento à legislação federal tida por violada, sem ingresso no mérito por esta Corte com supressão ou sobreposição de instância, é medida que se impõe não apenas por tecnicismo procedimental, mas também pelo efeito pedagógico da observância fiel do devido processo legal, de modo a conformar o direito do recorrente e o dever do julgador às novas e boas práticas estabelecidas no Digesto Processual de 2015. 18. Recurso Especial provido.⁵¹

Nesse sentido, foi o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, conforme a seguir colacionado:

PROCESSO CIVIL - SENTENÇA PROFERIDA COM EFEITO SURPRESA - VIOLAÇÃO DE DIVERSOS PRINCÍPIOS DA NOVA PROCESSUALÍSTICA - STJ - NULIDADE - AUTOS À ORIGEM. 1 - CPC/2015 (art. 9º e 10 e 317): "Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida"; "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"; e "Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício". 2 - Reveste-se de nulidade a sentença que, sem atenção aos princípios da ampla defesa, do contraditório, e - tanto mais - da "não surpresa", indefere a inicial ou extingue o feito, liminarmente ou não, com ou sem resolução do mérito (artigos 330, 332, 485 ou 486), invocando fato ou questão acerca da qual, todavia, não se oportunizou às partes prévia manifestação, pois tal postura atenta contra a eficiência e utilidade da prestação jurisdicional, e tangencia negativa em si de tal atividade, tanto mais sopesando-se que, de regra, deve o Poder Judiciário apresentar "solução integral de mérito" (art. 4º do CPC/2015), construída em colaboração (art. 6º). 3 - Há amplo e pedagógico precedente do STJ colacionado no corpo do voto (STJ/T2, REsp 1.676.027/PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe SET/2017). 4 - É lê-lo: "A partir do CPC/2015 mostra-se vedada decisão que inova o litígio e adota fundamento de fato ou de direito sem anterior oportunização de contraditório prévio, mesmo nas matérias de ordem pública que dispensam provocação das partes. Somente argumentos e fundamentos submetidos à manifestação precedente das partes podem ser aplicados pelo julgador, devendo este intimar os interessados para que se pronunciem previamente sobre questão não debatida que pode eventualmente ser objeto de deliberação judicial. O novo sistema processual impôs aos julgadores e partes um procedimento permanentemente interacional, dialético e dialógico, em que a colaboração dos sujeitos processuais na formação da decisão jurisdicional é a pedra de toque do novo CPC. A proibição de decisão surpresa, com obediência ao princípio do contraditório, assegura às partes o direito de serem ouvidas de maneira antecipada sobre todas as questões relevantes do processo, ainda que passíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado. O contraditório se manifesta pela bilateralidade do binômio ciência/influência. Um sem o outro esvazia o princípio. A inovação do art. 10 do CPC/2015 está em tornar objetivamente obrigatória a intimação das partes para que se manifestem previamente à decisão judicial. É a consequência da inobservância do dispositivo é a nulidade da decisão surpresa, ou decisão de terceira via, na

⁵¹ STJ. RECURSO ESPECIAL. REsp 1676027/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 11/10/2017. **Superior Tribunal de Justiça** – STJ, 2018. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=DECISAO+SURPRESA&b=ACOR&p=true&l=10&i=18>. Acesso em 05 de junho de 2018.

medida em que fere a característica fundamental do novo modelo de processualística pautado na colaboração entre as partes e no diálogo com o julgador." 5 - Apelação da parte autora provida para anular a sentença recorrida e determinar o retorno dos autos à Vara de origem a fim de que o processo retome seu curso regular. A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação da parte autora para anular a sentença recorrida e determinar o retorno dos autos à Vara de origem.⁵²

Também foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – USO DE PROVA EMPRESTADA – ART.10 DO CPC - NÃO OBSERVAÇÃO DO CONTRADITÓRIO – VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA - VIOLAÇÃO AO ART. 372 DO CPC E ART. 5º, LV DA CF – SENTENÇA NULA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Magistrado que profere sentença com fundamento na utilização de prova emprestada, visitando os autos criminais, colhendo informações não contidas nos autos cíveis, viola o contraditório, mesmo sob a alegação de sê-lo o destinatário das provas. Deve-se proceder ao traslado de documentos, certificando o ocorrido. Após o aporte do conjunto probatório, deve oportunizar as partes prazo razoável para informação e possibilidade de reação, para formular tese com poder de influenciar o convencimento.⁵³

Ressalta-se, que o prejuízo ocorre em razão do dano perpetrado à garantia de participação da parte no processo e de sua garantia de influência na formação da decisão, conforme leciona André Pagani de Souza:

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 ileso, não há nulidade a ser declarada, segundo a máxima "*pas de nullité sans grie*".⁵⁴

A nulidade da decisão surpresa decorre do modelo de direito processual civil que vem traçado desde a Constituição Federal de 1988, por violação ao princípio do contraditório, e sendo o regime de nulidade processual normas de ordem pública deve ser aplicada a tradicionalmente denominada nulidade absoluta.

⁵² TRF1. APELAÇÃO. Ap 00078904520164013304, Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas, **Tribunal Regional Federal 1ª Região – TRF1**, 2018, e-DJF1 18/04/2018. Disponível em <https://www2.cjf.jus.br/juris/trf1/RespostaTRF1>. Acesso em 05 de junho de 2018.

⁵³ TJMT. APELAÇÃO: Ap 38558/2017, Desa. Nilza Maria Pôssas de Carvalho. DJE 03/07/2017. **Tribunal de Justiça de Mato Grosso - TJMT**, 2017. Disponível em <http://jurisprudencia.tjmt.jus.br/home/RetornaDocumentoAcordao?tipoProcesso=Acordao&id=356167&colegiado=Segunda>. Acesso em 05 de junho de 2018.

⁵⁴ SOUZA, André Pagani de. op cit, p. 159-160.

Insta esclarecer que a decisão surpresa, embora nula, produz seus efeitos, até que tal nulidade seja reconhecida⁵⁵, sendo que a interposição de recurso é o meio típico de se obter a declaração de sua nulidade.⁵⁶

Desta forma,

caso o juiz profira decisão surpresa, a parte prejudicada pode interpor o recurso cabível, em sede preliminar deve alegar a existência de erro procedendo, apto a invalidar a decisão por violação ao art. 10 do Código de Processo Civil e, reflexamente, ao princípio constitucional do contraditório.⁵⁷

Importante destacar que a existência do prejuízo é essencial para se configurar a nulidade, ou seja, a parte deve demonstrar o prejuízo sofrido pela não observância da previsão do art. 10 do Código de Processo Civil. Nesse sentido:

Ainda que o juiz profira decisão surpresa, o que é vedado pelo art. 10 do Código de Processo Civil e pelo princípio constitucional do contraditório, a sua nulidade não poderá ser declarada a pedido da parte beneficiada pela decisão. Em razão disso, mesmo que ele prolate decisão contendo como fundamento matéria de fato ou de direito da qual não foi previamente oportunizado o contraditório a ambas as partes (autor e réu), somente pode alegar a nulidade aquele que foi prejudicado, no mérito, pela decisão.⁵⁸

Contudo, apesar da prolação da decisão surpresa gerar uma nulidade absoluta, não significa que o vício do ato processual seja insanável, ao contrário, todo defeito constante em um ato processual pode ser sanado ou convalidado.⁵⁹

Welder Queiroz dos Santos menciona que no sistema processual brasileiro, o Tribunal pode reconhecer a nulidade de uma decisão qualificada como surpresa e determinar que juiz de primeira instância profira uma nova decisão após oportunizar à parte sucumbente a manifestação sobre a matéria de fato ou de direito que não foi previamente debatida entre os sujeitos processuais.⁶⁰

O referido autor leciona:

No entanto, o regime jurídico da apelação no Direito Processual, Civil brasileiro permite a sanação dos defeitos processuais no âmbito recursal, como meio de concretizar o princípio constitucional da razoável duração do processo e, por consequência, aproximar o acesso à tutela jurisdicional efetiva.

(...)

Desse modo, somente em casos excepcionais, em que não é possível sanar o vício, é que caberá ao tribunal reconhecer a nulidade da decisão e

⁵⁵ SANTOS, Welder Queiroz dos. op cit, p. 230

⁵⁶ Idem, p. 229.

⁵⁷ Idem, p. 230.

⁵⁸ Idem, p. 231-232.

⁵⁹ Idem, p. 232.

⁶⁰ Idem, p. 233

determinar a sua renovação pelo juízo a quo. Esses casos devem ocorrer, por exemplo, quando houver julgamento antecipado da lide, porém a causa necessitar de instrução probatória, e também quando faltar fundamento na decisão, o que impossibilita a dialeticidade recursal.⁶¹

Adicionalmente, considerando que já analisado o conceito de decisão surpresa, a sua previsão no direito comparado e a consequência da sua não observância, qual seja, a nulidade, e, também visando à contribuição acerca do alcance da vedação da decisão surpresa em nosso ordenamento e sua interpretação, discorreremos sobre algumas situações em que ela é aplicável.

⁶¹ *Ibidem*, p. 234-235.

3. APLICAÇÃO DA VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA

Conforme anteriormente visto, a real dimensão do efetivo contraditório deve ser analisada também como a garantia de não ser surpreendido no processo, passaremos a estudar algumas hipóteses nas quais incidirá a vedação.

Todavia, não se pretende esgotar a matéria, mas sim estudar algumas questões pontuais acerca da aplicabilidade da vedação da prolação da decisão surpresa.

3.1- A EXTENSÃO DO *IURA NOVIT CURIA* E A GARANTIA DA NÃO SURPRESA

O Código de Processo Civil traz, em seu artigo 10, um novo regramento sobre a apreciação de questões de fato e de direito, no processo civil brasileiro, em função da imprescindibilidade do prévio debate, em contraditório, de todos os fundamentos determinantes para a solução da causa.

É certo que a função jurisdicional é essencialmente ligada à aplicação do direito, uma vez que cabe ao magistrado investigar e aplicar a regra jurídica adequada ao caso concreto.

O órgão judicial possui a liberdade de valoração da causa, com a aplicação da norma jurídica que imputar a adequada, podendo, inclusive, dar qualificação jurídica diversa da proposta pela parte, ou seja, o juiz não está adstrito às alegações apresentadas pelas partes, ele pode livremente investigar, interpretar e aplicar a regra jurídica que entenda ser a mais indicada, a fim de proferir uma decisão que repute ser a solução jurídica do caso.⁶²

O juiz conhece o direito, porém, a interpretação deste direito a ser aplicado no caso concreto deve ser construída a partir do diálogo e do debate prévio entre os sujeitos da relação jurídica processual, como meio de possibilitá-los a participar do processo e influenciar na decisão⁶³. Assim, o diálogo entre as partes e o juiz é fundamental para o resultado de uma decisão mais coerente, uma vez que atuando desta forma, o juiz atuará com cooperação com as partes, e atuando em conjunto todos participam para obter o melhor resultado possível no processo, reduzindo, inclusive a interposição de recursos.

André Pagani de Souza esclarece que:

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op cit, p. 453.

⁶³ SANTOS, Welder Queiroz dos. op cit, p. 129-130.

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.⁶⁴

Desta forma, neste cenário, as partes têm a oportunidade de participar da construção do provimento jurisdicional, e, sobretudo, a garantia de que os fundamentos determinantes da solução jurídica do caso serão provenientes da dialética processual, isto é, do confronto de teses em juízo, tanto as suscitadas pelas partes, quanto as suscitadas pelo magistrado.

Essa exigência de que o pronunciamento jurisdicional tenha apoio apenas em elementos sobre os quais as partes tenham tido a oportunidade de manifestarem-se significa evitar a decisão surpresa no processo, bem como alcançar uma decisão mais coerente, já que esta será construída com a colaboração de todos os sujeitos processuais envolvidos.⁶⁵

Nesse sentido, às partes deve ser oportunizada a possibilidade de se pronunciarem, previamente à tomada de decisão no que diz respeito à eventual visão jurídica do órgão jurisdicional diversa daquela apresentada por estas no processo. Isso quer dizer que o brocardo *iura novit curia* só autoriza a variação da visão jurídica dos fatos alegados no processo caso as partes tenham tido a oportunidade de se pronunciar previamente à tomada de decisão (art. 10). A interpretação contrária à esta é configura violação à colaboração e ao diálogo no processo, com afronta inequívoca ao dever judicial de consulta e ao contraditório⁶⁶.

Neste contexto, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidieri salientam:

O direito ao contraditório – lido na perspectiva do direito ao diálogo, inerente à colaboração – condiciona a aplicação da máxima *iura novit curia* ao prévio diálogo judicial. É certo que o juiz continua com o poder de aplicar o direito ao caso concreto, inclusive invocando normas jurídicas não chamadas pelas partes. No entanto, a validade da aplicação ao caso concreto dessa inovação está condicionada ao prévio diálogo com as partes. Vale dizer: o juiz tem o dever de oportunizar às partes que o influenciem a respeito do acerto ou desacerto da solução que pretende outorgar ao caso concreto (art. 10 do

⁶⁴ SOUZA, André Pagani de. op cit, p. 173.

⁶⁵ SANTOS, Welder Queiroz dos. op cit, p. 130.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op cit, p. 503.

CPC). Isso quer dizer que a máxima do *iura novit curia* continua plenamente vigente no novo Código: apenas a sua aplicação é que está condicionada ao prévio diálogo com as partes.⁶⁷

Logo, “embora, no direito brasileiro, o juiz possa decidir com base em fundamento não suscitado pelas partes (*iura novit curia*), deve, antes, proporcionar oportunidade às partes, de que se manifestem sobre ele”.⁶⁸

Esse também é o entendimento de Welder Queiroz dos Santos:

Mesmo sendo tarefa do juiz encontrar o direito e realiza-lo em suas decisões, o fato de que o juiz é livre para aplicar a norma ou as normas jurídicas que julgar aplicáveis ao caso, ainda que não tenham sido invocadas no processo, e ainda que em grau de recurso, ou seja, de que ele não está vinculado às opiniões das partes a respeito de alguma questão de direito, não quer dizer que ele pode decidir sem previamente debater entre as partes a questão que lhe parece aplicável ao caso. Esse prévio diálogo não é apenas almejado, mas necessário, do ponto de vista das garantias processuais da Constituição.⁶⁹

Assim, caso o juiz decida com enfoque em norma jurídica diversa das apresentadas pelas partes, sem oportunizar o debate prévio de tal aplicação, configurada estará a decisão surpresa.

É importante destacar que essa independência do magistrado em eleger a norma jurídica aplicável ao caso concreto, permanece intacta, uma vez que com o advento do art. 10, do Código de Processo Civil o que se alterou foi a modalidade de exercício dessa prerrogativa, ou seja, agora, o juiz, ao proceder a valoração jurídica de maneira diversa da apresentada pelas partes, deve submeter a sua visão ao contraditório também.

Certos da aplicabilidade da vedação de prolação de decisão surpresa na qualificação jurídica diversa da apresentada pela parte (*iura novit curia*), cumpre ainda destacar sobre a extensão do art. 10, do Código de Processo Civil, se os “fundamentos” que devem ser previamente debatidos pelas partes e utilizados pelo magistrado como base da decisão abrangem somente os fundamentos jurídicos ou também abrangem os fundamentos fáticos.

Nesta linha, cumpre identificar quais são as questões de fato e quais são as questões de direito. Sobre questão de fato entende-se que é aquela ligada a

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op cit, p. 182.

⁶⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; *et al.* **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 67.

⁶⁹ SANTOS, Welder Queiroz dos. op cit, p. 132-133.

ocorrência de um fato em determinado tempo e lugar e a questão de direito seria como qualificar o fato ocorrido com base na ordem jurídica a ela aplicado⁷⁰.

Apesar da definição acima apresentada, devemos ressaltar a dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de separação absoluta entre matérias de fato e matérias de direito, neste sentido Welder Querioz dos Santos cita a lição de Teresa Arruda Alvim:

(...) no plano ontológico, rigorosamente não seria possível distinguir questão de fato de questão de direito, “já que o fenômeno direito ocorre, de fato, no momento da incidência da norma, no mundo real, no universo empírico. Por isso afirma que questões podem ser predominantemente de fato e predominantemente de direito, dependendo do aspecto que gira em torno.⁷¹

De toda sorte, o disposto no art. 10 do CPC deve ser interpretado no sentido de que tanto as questões de fato quanto as questões de direito devem ser previamente debatidas no processo, em respeito ao contraditório, independente do juiz entender que a manifestação da parte não influenciará na decisão a ser proferida, a fim de se respeitar o contraditório.⁷²

Neste diapasão, são equivocados os entendimentos constantes nos Enunciados 01 e 06 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAN, que assim foram redigidos:

Enunciado 01: 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

Enunciado 06: Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório.⁷³

Nota-se que nesses Enunciados a garantia da parte ao contraditório foi totalmente excluída, indo em dissonância com a previsão constitucional e infraconstitucional, pois, entende ser desnecessária e influência da parte na qualificação dos atos levados ao juízo, o que evidentemente configura decisão surpresa, e, conseqüentemente, viola o princípio do contraditório.

Nesse sentido sustenta André Pagani Souza:

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

⁷⁰ Ibidem, p. 109.

⁷¹ Idem, p. 108.

⁷² Idem, p. 110.

⁷³ **Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados**. Disponível em <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2018.

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 máxima venia, não se pode concordar com a referida proposta de alteração do projeto de lei feita pelo IBDP.⁷⁴

O mesmo é o entendimento de Welder Queiroz dos Santos:

De toda sorte, a qualificação jurídica a ser aplicada aos fatos da causa deve sempre ser submetido ao crivo do contraditório, para que as partes, querendo, possam manifestar-se a respeito do critério jurídico aplicável para solucionar o litígio. A decisão judicial que contém fundamentos jurídicos diverso dos apresentados pelas partes, somente é legítima se o juiz previamente oportunizar a manifestação delas a seu respeito. Por essas razões, são equivocados os entendimentos contidos nos Enunciados 01 e 06 da ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados(...).⁷⁵

Além da necessidade de manifestação prévia pelas partes sobre quaisquer fundamentos utilizados na decisão, inclusive na classificação jurídica que se enquadra o caso concreto, é de suma importância que essa manifestação tenha um poder de influência real e efetiva, e, não meramente ficta ou presumida. Por isso, não basta ao julgador que colha a manifestação das partes. Ele deve analisar, de maneira séria e detida, todos os argumentos por elas lançados nos autos, capazes de, em tese, infirmar a conclusão que venha a adotar, conforme determina o art. 489, § 1º, IV, do Código de Processo Civil.

É necessário ter a concepção de que o novo sistema processual civil brasileiro se estrutura a partir do provimento jurisdicional como resultado do debate processual, ou seja, a solução jurídica decorrerá do confronto de teses dos fundamentos apresentados nos autos pelas partes a fim de influenciar na convicção do juiz, em obediência ao princípio do contraditório substancial e ao princípio da cooperação.

Neste contexto, para que o comando do art. 10 do Código de Processo Civil seja efetivamente cumprido, deve contemplar todos os fundamentos porventura determinantes para a solução da causa, independentemente de denotarem questões de predominância fática ou de predominância jurídica.

⁷⁴ SOUZA, André Pagani de. op cit, p. 173.

⁷⁵ SANTOS, Welder Queiroz dos. op cit, p. 109.

Por esta razão, entende-se equivocado o teor do Enunciado 03 do ENFAM, que dispõe: “É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa”⁷⁶.

Nesse sentido Welder Queiroz expõe:

Portanto, tanto as questões de fato quanto as questões de direito devem passar pelo crivo do contraditório, independentemente de o juiz pensar que a manifestação das partes pode não influenciar na solução da causa, o que ele só saberá, evidentemente, após a apresentação da manifestação. Por essas razões, é equivocado o entendimento contido no Enunciado 03 da ENFAM (...).⁷⁷

A regra prescrita no art. 10 do Novo Código de Processo Civil orienta o modo de atuação do juiz na dinâmica processual enquanto sujeito do contraditório e condutor paritário do processo, impedindo-o de proferir decisão que não tenha respeitado o efetivo contraditório.

Portanto, para que a decisão proferida com uma qualificação jurídica diversa da proposta pelas partes seja válida e legítima, estas devem ser intimadas para se manifestarem sobre o tema, e, assim, o magistrado deverá enfrentar todos os argumentos por elas arguidas capazes de infirmar na conclusão por ele adotada, uma vez que somente saberá que o fundamento exposto pela parte não poderá influenciar na decisão, após, logicamente, ouvi-la.

3.2. A VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA E AS MATÉRIAS COGNOSCÍVEIS *EX OFFICIO*

O art. 10 do CPC destaca, *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*.

Com a simples leitura do dispositivo conclui-se que, ainda que a matéria seja cognoscível de ofício, deve ser oportunizada a prévia manifestação às partes.

Porém, mesmo diante da disposição legal acima disposta, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM aprovou o Enunciado 04,

⁷⁶ Disponível em Disponível em <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2018.

⁷⁷ SANTOS, Welder Queiroz dos. op cit, p. 110.

com o seguinte teor: “Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015”.⁷⁸

Desta forma, em obediência ao disposto no art. 10, facilmente se conclui que o entendimento constante no referido enunciado é errôneo, já que as matérias cognoscíveis de ofício e as de ordem pública, como é o caso da declaração de incompetência absoluta, devem ser previamente submetidas ao debate com a parte antes que o juiz possa invocá-las em sua decisão, a fim de se respeitar plenamente o princípio do contraditório.

Essa é a opinião exposta por Welder Queiroz dos Santos: “Desse modo, é equivocado o entendimento contido no Enunciado 04 do ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados: Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015”.⁷⁹

Assim, nem mesmo as questões que possam ser decididas de ofício pelo juiz, como por exemplo, pressupostos processuais, condições da ação, nulidades absolutas, podem ser proferidas antes da possibilidade das partes se manifestarem a respeito da matéria, de forma a não lhes causar surpresa.

A esse respeito, Alexandre Freitas Câmara leciona:

A decisão judicial, portanto, precisa ser construída a partir de um debate travado entre os sujeitos participantes do processo. Qualquer fundamento de decisão precisa ser submetido ao crivo do contraditório, sendo assegurada oportunidade para que as partes se manifestem sobre todo e qualquer possível fundamento. Isso se aplica, inclusive, às matérias cognoscíveis de ofício (como, por exemplo, a falta de legitimidade ou de interesse). Ser de ordem pública alguma matéria significa que pode ela ser apreciada de ofício, isto é, independentemente de ter sido suscitada por alguma das partes. Quer isto dizer, porém, que essas são matérias que o juiz está autorizado a suscitar, trazer para o debate.

Autorização para conhecer de ofício, porém, não é autorização para decidir sem prévio contraditório. As questões de ordem pública, quando não deduzidas pelas partes, devem ser suscitadas pelo juiz, que não poderá sobre elas pronunciar-se sem antes dar oportunidade às partes para que se manifestem sobre elas.⁸⁰

A possibilidade de o juiz reconhecer uma determinada matéria de ofício não o permite aplicá-la, sem antes submeter a questão ao diálogo das partes, ou seja, não lhe permite dispensar o contraditório. A lição de Fredie Didier Jr. é didática quanto a esse entendimento:

⁷⁸ Disponível em <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2018.

⁷⁹ SANTOS, Welder Queiroz dos. op cit, p. 126.

⁸⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. op cit, p. 28.

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.⁸¹

A distinção também é feita por Nelson Nery Junior, o qual afirma que a decisão será nula se proferida sem oportunizar à parte prévia manifestação, mesmo que em matéria que pode ser conhecido de ofício:

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.⁸²

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.⁸³

Ainda, 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 litigantes.⁸⁴

⁸¹ DIDIER JR., Fredie. op cit, p. 81.

⁸² NERY JUNIOR, Nelson. op cit, p. 264.

⁸³ 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.

⁸⁴ MALLET, Estêvão. **Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”.** *Revista de processo.* vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/89239-167410-1-pb.pdf>.

A corroborar o exposto, no mesmo sentido, foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso:

APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL – LITISPENDÊNCIA – SENTENÇA DE EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - – DECISÃO SURPRESA – VEDAÇÃO PELA NOVA DISPOSIÇÃO PROCESSUAL CIVIL – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA PARA MANIFESTAÇÃO – PREJUÍZO – NULIDADE DA SENTENÇA – PREVENÇÃO - INOVAÇÃO RECURSAL - MATÉRIA A SER ANALISADA PELO JUÍZO DE ORIGEM – RECURSO PROVIDO. “[...] 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. É certo que, ao decidir questão de ordem pública sem ouvir previamente as partes, o juiz beneficiará uma delas e prejudicará a outra, razão por que essa decisão-surpresa terá ofendido a paridade das armas e será, portanto, nula [...]”. “[...]1. 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. Vedação à decisão-surpresa inscrita nos arts. 9º, 10 e 493, parágrafo único, do CPC. 2. Embargos do devedor extintos imediatamente após certidão de que na execução fiscal há notícia de acordo de parcelamento do crédito exequendo. Decisão surpresa que subtrai da parte o direito de se pronunciar sobre o tema. Sentença anulada. Recurso provido”. (TJSP; Apelação 1024395-40.2016.8.26.0564; Relator (a): Décio Notarangeli; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de São Bernardo do Campo - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/08/2017; Data de Registro: 30/08/2017) [...]”.⁸⁵

Assim, é vedada a prolação de decisão solitária, por parte do juiz, de matéria, mesmo a que possa ser reconhecida de ofício, sobre a qual não foi oportunizada às partes a manifestação, sob pena de configurar decisão surpresa, que tem como consequência a nulidade por violação ao princípio do contraditório.

3.3. A IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO E A PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DA PARTE

O Código de Processo Civil, em vigor, dispõe, em seu artigo 332:

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;

⁸⁵ TJMT. APELAÇÃO. Ap 86120/2017, Desembargadora Nilza Maria Pôssas de Carvalho, DJE 27/11/2017. **Tribunal de Justiça do Mato Grosso** - TJMT, 2017. Disponível em <http://jurisprudencia.tjmt.jus.br/>. Acesso em 05 de junho de 2018.

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.⁸⁶

O dispositivo em questão trata sobre a possibilidade de o magistrado julgar liminarmente improcedente o pedido do autor da ação, antes mesmo de realizar a citação do réu, quando entender que o pedido em questão se enquadra em uma das hipóteses previstas nos incisos do artigo acima exposto, ou, ainda, quando verificar a ocorrência, desde logo, da prescrição ou decadência.

Importante ressaltar que a ausência de citação do réu antes de ser proferida a decisão com base nas matérias previstas no artigo acima, não configura a violação do contraditório em relação ao polo passivo da ação, uma vez que o julgamento de mérito será proferido a seu favor.⁸⁷

O art. 9º do Código de Processo Civil dispõe que “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”⁸⁸.

Assim, como o princípio do contraditório visa garantir a proteção das partes durante toda a tramitação do processo judicial, deve também ser interpretado de modo a não existir prejuízo para as partes, não há sentido em movimentar a estrutura judiciária para citar o réu, que não sofrerá qualquer prejuízo no julgamento de improcedência liminar do pedido, pois terá uma decisão judicial a seu favor.⁸⁹

Já em relação ao autor da demanda, verifica-se uma situação diversa, já que o julgamento de improcedência liminar será proferido em seu desfavor.

Caso o magistrado se depare com pedido da demanda que entenda ser liminarmente improcedente, com base nos casos previstos no art. 332 do CPC, deve primeiramente, intimar o autor da ação, para que este se manifeste acerca dos fatos da causa que podem ou não dispensarem a fase instrutória, se enquadrarem ou não em tese jurídica fixada em enunciado de súmula do STF ou STJ; em acórdão proferido pelo STF ou STJ; em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas

⁸⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

⁸⁷ SANTOS, Welder Queiroz dos. op cit, p. 160.

⁸⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

⁸⁹ SANTOS, Welder Queiroz dos. op cit, p. 160.

repetitivas ou de assunção de competência; em enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local; ou demonstrar o acontecimento de um fato que tenha suspenso ou interrompido o prazo de prescrição ou a existência de decadência convencional em prazo maior que o legal, para só então proferir o julgamento de mérito, sob pena de proferir decisão surpresa, e conseqüentemente violar o princípio do contraditório⁹⁰.

Conclui-se que, se o autor da ação não se manifestou em relação a aplicação do precedente, da jurisprudência, da decadência ou da prescrição ao seu caso na petição inicial, cabe ao magistrado lhe oportunizar a possibilidade dessa manifestação, ou seja, deve intimar o autor para que ele se pronuncie 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 pretensão.⁹¹

Nesse sentido, é o entendimento de Welder Queiroz dos Santos:

Ainda que o art. 332 do Código de Processo Civil seja silente a respeito da necessidade de conceder o direito ao contraditório ao autor, por imposição do art. 10, integrante das normas fundamentais do processo civil e do art. 5º, LXV, da Constituição, o juiz deve oportunizar sua manifestação para que possa influir no conteúdo da decisão judicial, ter seus argumentos considerados – ainda que seja para rejeitá-los – e não ser surpreendido por uma decisão que não o tenha sido previamente possibilitado o contraditório. O § 1º do art.927 do Código de Processo Civil corrobora este entendimento ao dispor que os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 quando decidirem com fundamento em precedente judicial, como é o caso do julgamento liminar de improcedência autorizado pelo art. 332 do Código de Processo Civil.⁹²

No mesmo sentido:

O julgamento de improcedência liminar do pedido deverá ser precedido de oitiva do autor sobre o fundamento em relação ao qual ele não se manifestou, por força do direito fundamental ao contraditório, que assegura direito de influência e não surpresa.⁹³

Assim, da mesma forma que no julgamento liminar de improcedência com fundamento em precedente judicial, o julgamento liminar de improcedência, com base na ocorrência de prescrição ou decadência, o juiz, antes de proferir a decisão, deverá

⁹⁰ Ibidem, p. 160.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, op cit, p. 169.

⁹² SANTOS, Welder Queiroz dos. op cit, p. 161.

⁹³ SILVA, Ticiano Alves e. **O contraditório na improcedência liminar do pedido do novo CPC**. In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Blecaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva (Coord.). *Grandes temas do Novo CPC, v. 4: Improcedência*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 295.

oportunizar ao autor da ação a manifestação sobre os fatos pertinentes, em homenagem ao princípio do contraditório e à regra de vedação de prolação de decisão surpresa.

Porém, este entendimento não é unânime na doutrina, visto que parte dela entende ser desnecessária a intimação prévia do autor da ação antes da prolação da sentença de improcedência liminar do pedido, por ausência de violação ao princípio do contraditório, que seria resguardado, com a apelação, já que há previsão expressa no § 3º do art. 332, do Código de Processo Civil, a possibilidade de retratação do magistrado que proferiu a decisão, assim o contraditório seria exercido de maneira eficaz com o recurso.

As palavras de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero retratam esse entendimento:

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 inicial.⁹⁴

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 CPC.⁹⁵

Porém, entendemos que o exercício do contraditório pelo autor da ação em relação a decisão apenas na via recursal, ou seja, em momento posterior a prolação da decisão, onde foram utilizados fundamentos sobre os quais não foram oportunizadas a manifestação, configurada está a decisão surpresa.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op cit, p. 169-170.

⁹⁵ DIDIER JR., Fredie. op cit, p. 594.

Ademais, como o contraditório é verdadeira garantia de influência da parte na formação da decisão a ser proferida pelo juízo, é impossível sustentar que houve a influência na formação da decisão que julgar a improcedência liminar do pedido.

A título de exemplo, podemos citar a interposição de embargos de declaração com efeitos infringentes, onde, havendo a possibilidade do seu acolhimento, o § 2º do artigo 1.023, do Código de Processo Civil impõe a necessidade de intimação do embargado para, querendo, manifestar-se sobre o recurso, garantindo, assim, que a parte possa influenciar na formação da convicção do julgador. Isto é, a garantia da possibilidade de participação da parte e de influência na decisão ainda que esta possa ser reformada, posteriormente a sua prolação, mediante a interposição do recurso de apelação.⁹⁶

Essa medida possui total sintonia com o teor do conteúdo do princípio do contraditório, no sentido de que este é garantia de influência na formação da decisão, e não somente em sua alteração ou reforma.

Em relação ao julgamento liminar de improcedência do pedido, com base no reconhecimento imediato da prescrição ou decadência, cumpre ressaltar que apesar do parágrafo único do art. 487 do Código de Processo Civil prever expressamente tal possibilidade, com a seguinte redação: “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”, entendemos pela inconstitucionalidade da primeira parte deste parágrafo, por ofensa ao princípio do contraditório do autor, já que a necessidade de oitiva prévia para reconhecimento de matéria de matéria de ofício decorre do art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Nesse sentido é o entendimento de Welder Queiroz dos Santos ao dispor:

Em nosso sentir, a primeira parte parágrafo único do art. 487 do Código de Processo Civil é inconstitucional, por violação do princípio constitucional do contraditório em relação ao autor, imposto pelo art. 5º, LXV, da Constituição, e também por violação da regra da vedação da prolação de decisão surpresa, concretizadora deste princípio no âmbito infraconstitucional, nos termos do art. 10 do Código de Processo Civil.⁹⁷

Na mesma linha foi o julgamento do recurso de Apelação pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

⁹⁶ MALLET, Estêvão. **Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”**. Revista de processo. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/89239-167410-1-pb.pdf>.

⁹⁷ SANTOS, Welder Queiroz dos. op cit, p. 163.

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. PRESCRIÇÃO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA NÃO SURPRESA E DO CONTRADITÓRIO. SENTENÇA CASSADA.

1. Mesmo nas hipóteses de matéria de ordem pública, deve o Magistrado dar oportunidade para manifestação prévia das partes sobre o assunto.
2. O reconhecimento da prescrição deve ser precedido de manifestação da parte contrária, sob pena de violação aos princípios da Não Surpresa e do Contraditório, trazidos com destaque pelo Código Processual Civil nos seus artigos 9º e 10.
3. Recurso conhecido e provido. Sentença cassada.⁹⁸

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.

A corroborar o exposto, Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes argumentam que:

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 imediata.⁹⁹

Conclui-se, portanto, que é vedada a prolação de decisão de improcedência liminar do pedido sem oportunizar à parte prejudicada a se manifestar, sob pena de constituir ofensa ao princípio do contraditório e ao artigo 10 do Código de Processo Civil.

3.4. INDEFERIMENTO EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL

O art. 319 do Código de Processo Civil determina quais são os requisitos necessários na confecção da petição inicial, conforme a seguir disposto:

Art. 319. A petição inicial indicará:
I - o juízo a que é dirigida;
II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no

⁹⁸ TJDF. APELAÇÃO 20150110092320 DF 0002159-65.2015.8.07.0018, Relator Eustáquio de Castro, DJE 22/02/2018. Jusbrasil2018. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDF**. Disponível em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548122789/20150110092320-df-0002159-6520158070018>. Acesso em 05 de junho de 2018.

⁹⁹ 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.

Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

§ 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção.

§ 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.

§ 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.¹⁰⁰

Em seguida, o art. 321 do Código de Processo Civil dispõe que caso esses requisitos não estejam presentes na peça inaugural processual, o juiz deverá intimar o autor para emendar ou complementar a inicial, e, caso este não cumpra as diligências no prazo legal, o magistrado indeferirá a petição inicial.

Assim, o juiz antes de indeferir a petição inicial deverá intimar o autor para sanar a irregularidade constante na petição inicial, sob pena de proferir decisão surpresa e ferir o princípio do contraditório.

Nesse sentido foi o entendimento da Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, conforme ementas dos julgamentos dos recursos de apelação abaixo colacionados:

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS A EXECUÇÃO - PROCEDÊNCIA - PEÇA DE ADITAMENTO DA INICIAL E DA IMPUGNAÇÃO AOS EMBARGOS JUNTADAS SIMULTANEAMENTE - AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO EMBARGADO ACERCA DO CONTEÚDO DA PEÇA DE ADITAMENTO - SENTENÇA PROFERIDA COM BASE EM FUNDAMENTO A RESPEITO DO QUAL A PARTE NÃO TEVE OPORTUNIDADE PARA SE MANIFESTAR - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA NÃO SURPRESA - SENTENÇA ANULADA - RECURSO PROVIDO. Nos termos do art. 10 do CPC, "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". Se a sentença é proferida com base em fundamento a respeito do qual a parte não teve oportunidade de se manifestar, em razão da falta de ciência acerca do aditamento da inicial, mostra-se prudente o retorno dos autos a origem a fim de oportunizar a manifestação da parte e, assim, observar os princípios do contraditório e da vedação a decisão surpresa.¹⁰¹

¹⁰⁰ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**.

¹⁰¹ TJMT. APELAÇÃO. Ap 94365/2017, Desembargador Guiomar Teodoro Borges, DJE 06/10/2017. **Tribunal de Justiça do Mato Grosso** – TJMT, 2018. Disponível em Disponível em <http://jurisprudencia.tjmt.jus.br/>. Acesso em 05 de junho de 2018.

APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANO MORAL C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO - SENTENÇA JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS DA AÇÃO - PRELIMINAR DE NULIDADE DE INTIMAÇÃO - SUBSTABELECIMENTO COM RESERVA DE PODERES - VALIDADE DA INTIMAÇÃO EFETIVADA EM NOME DE UM DOS CAUSÍDICOS - ALEGAÇÃO REJEITADA - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE DA SENTENÇA - AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO PARA EMENDA DA INICIAL - DOCUMENTO INDISPENSÁVEL - CERCEAMENTO DE DEFESA VERIFICADO - VEDAÇÃO À DECISÃO SURPRESA - SENTENÇA ANULADA - RETORNO DOS AUTOS A FIM DE OPORTUNIZAR A JUNTADA DE DOCUMENTO E PROCURAÇÃO - PRELIMINAR ACOLHIDA - RECURSO PROVIDO. Na hipótese de substabelecimento com reserva de poderes e ausente pedido expreso para que as intimações fossem feitas, exclusivamente, em nome de um dos advogados, reputa-se válida a intimação de apenas um dos causídicos constituídos. O julgamento levado à efeito sem oportunizar à parte autora emendar a inicial a fim de corrigir falha de documento indispensável à ação, que embasou a sentença de improcedência dos pedidos, tem feição de cerceamento de defesa e enseja a nulidade do decisum, máxime em razão da vedação à prolação de decisões surpresa, um dos princípios que regem o novo Código de Processo Civil.¹⁰²

No mesmo sentido foi o entendimento da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DAS COISAS. AÇÃO DE USUCAPIÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. A extinção do processo, na forma do artigo 485, inciso I, do CPC/15, sem antes ser procedida a intimação dos autores para cumprirem a determinação de que fosse emendada a petição inicial com a indicação dos confrontantes do imóvel usucapiendo e a qualificação suficiente para fins de citação, e com a devida advertência de que, não o fazendo, isso implicaria indeferimento da petição inicial, configura violação ao princípio da não surpresa (artigos 9º e 317, ambos do CPC/15). Situação que leva à desconstituição da sentença. Apelação provida para desconstituir a sentença¹⁰³.

O princípio do contraditório é destinado tanto às partes quanto ao juiz, assim, em razão do princípio, cabe a este último o dever de debater previamente todos os fundamentos da futura decisão a ser proferida, garantindo à parte o direito de não receber uma decisão surpresa, isto também se aplica a decisão que indefere a a petição inicial sem oportunizar ao autor a possibilidade de sanar os vícios nela existentes.

Welder Queiroz dos Santos salienta:

¹⁰² TJMT. APELAÇÃO. Ap. 80616/2017, Desembargador Guiomar Teodoro Borges, DJE 22/09/2017. **Tribunal de Justiça do Mato Grosso** – TJMT, 2018. Disponível em <http://jurisprudencia.tjmt.jus.br/>. Acesso em 05 de junho de 2018.

¹⁰³ TJRS. APELAÇÃO. Ap. 70074860271, Relator: Voltaire de Lima Moraes, DJE 24/10/2017. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul** – TJRS. Disponível em <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/512297469/apelacao-civel-ac-70074860271-rs>. Acesso em 05 de junho de 2018.

Ora, o autor quando propõe a demanda espera que seja processado seu pleito e julgado o mérito, com o fim de obter a tutela jurisdicional do direito pretendido. O indeferimento o surpreende na medida em que não oportuniza a ele demonstrar que não seria o caso dessa consequência processual.¹⁰⁴

Assim, na hipótese de o juiz verificar a ausência de requisitos necessários na petição inicial deverá intimar a parte para se manifestar sobre o tema, bem como, para que possa emendar a petição, sanando o vício existente. Nesse sentido foi o entendimento da Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO – DECISÃO SURPRESA – VEDAÇÃO – PETIÇÃO INICIAL INEPTA - AUSÊNCIA DE OPORTUNIDADE PARA SANAR O VÍCIO – ART. 321 DO NCPC – SENTENÇA NULA – RECURSO PROVIDO. Incide em erro o magistrado que não observa o contraditório, sentenciando o processo pela extinção em razão de inépcia da inicial, sem oportunizar a parte sanar o vício, nos moldes do art. 321 do NCPC. Sentença declarada nula, por violação a preceito constitucional (contraditório). Recurso provido.¹⁰⁵

Desta forma, o juiz deve oportunizar ao autor da demanda a possibilidade de emendar ou complementar a petição inicial antes de indeferi-la.

¹⁰⁴ SANTOS, Welder Queiroz de. op cit, p. 157.

¹⁰⁵ TJMT. APELAÇÃO. Ap. 170486/2016, Desembargadora Nilza Maria Pôssas de Carvalho. DJE 28/04/2017. **Tribunal de Justiça do Mato Grosso** – TJMT, 2018. Disponível em Disponível em <http://jurisprudencia.tjmt.jus.br/>. Acesso em 05 de junho de 2018.

CONCLUSÃO

Hodiernamente, o conteúdo do princípio do contraditório, no processo civil brasileiro, não se limita ao binômio informação-reação (conteúdo formal), ao seu conteúdo foi acrescentado o aspecto substancial, que adiciona a ideia da efetiva participação dos sujeitos envolvidos no processo, com a possibilidade de influenciar no seu resultado, além da garantia de não prolação de decisão surpresa.

Assim, para a efetividade do princípio do contraditório passou a ter dupla destinação, ou seja, é dirigido às partes e ao juiz, sendo que em relação às partes, o contraditório trata-se de verdadeiro direito, ao passo que, ao magistrado, é um dever que lhe é imposto.

Nesse sentido, o princípio do contraditório garante às partes a possibilidade de efetiva participação no desenvolvimento do processo, podendo influenciar na formação da decisão jurisdicional, salientando que esse poder de participação de influência não deve ser realizado de forma fictícia, pois todos os argumentos, capazes de influenciar na formação da decisão, alegados pelas partes capazes devem ser efetivamente analisados pelo magistrado, ainda para afastá-los.

Essa necessidade de análise por parte do magistrado dos argumentos trazidos pelas partes é de suma importância, pois é diante da fundamentação exposta na decisão, é que o juiz se submete ao contraditório e garante a plena participação das partes, e fazendo que estas estejam, de fato, influenciando na formação da decisão. Ainda, cabe ao órgão jurisdicional o dever de zelar pela contraditório real e efetivo no processo, devendo possibilitar às partes participação prévia sobre todas as questões acerca das quais decidirá.

Assim, o juiz, com base no princípio do contraditório substancial não poderá decidir utilizando como fundamento matéria, de fato ou de direito, a respeito da qual não foi oportunizada prévia manifestação as partes, sob pena de se proferir decisão surpresa.

Desse modo, a decisão-surpresa constitui violação ao princípio do contraditório, ao não possibilitar às partes prévia manifestação ou verdadeira influência, sendo vedada pelo ordenamento, conforme a previsão do art. 10 do Código de Processo Civil, e, a sua não observância é causa de nulidade do ato processual.

Nesse sentido, é evidente que a vedação da decisão surpresa deve ser aplicada no direito processual civil, e se aplica também a diversas situações no processo, tais

quais, sobre as questões cognoscíveis *ex officio*; a qualificação jurídica diversa da sustentada pelas partes (*iura novit curia*); os casos de improcedência liminar do pedido, previsto no art. 332, do Código de Processo Civil; a inépcia da petição inicial; em todas as situações o magistrado deverá previamente intimar as partes, para que estas se manifestem sobre as questões relevantes antes de proferir a decisão, salientando que 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.

Resta evidente, que a manifestação prévia das partes é imprescindível para a construção da decisão jurisdicional, e decorre diretamente do princípio do contraditório.

Cabe ainda ressaltar que as decisões construídas mediante a participação plena das partes possuem menores chances de reforma e menor índice de interposição de recursos, isso ocorre porque durante o desenvolvimento processual as partes puderam debater todas as questões utilizadas para basear as decisões, assim tiveram seus argumentos devidamente analisados, produziram as provas que entendiam pertinentes, e, assim, devidamente respeitado o contraditório maior será o índice de acerto da decisão.

Desse modo, para que o princípio constitucional do contraditório seja efetivamente e concretamente respeitado no processo civil, a parte deve ter a oportunidade de manifestação no processo em relação ao tema utilizado como fundamento de sua decisão, pois assim poderá participar no processo e influenciar na decisão jurisdicional proferida.

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, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2013, nº 218. http://www.academia.edu/3472106/Contra_as_nulidades-surpresa_a_nulidade_processual_diante_do_direito_fundamental_ao_contradit%C3%B3rio_vers%C3%A3o_online_

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: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. Tomo I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 264.

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. Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SILVA, Ticiano Alves e. O contraditório na improcedência liminar do pedido do novo CPC. In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Blecaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva (Coord.). Grandes temas do Novo CPC, v. 4: *Improcedência*. Salvador: JusPodivm, 2015.

SOUZA, André Pagani de. Vedação das decisões-surpresa no processual civil. Col. Direito e Processo. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. Revista de processo. vol. 233/2014, p. 43-64, jul/2014. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/89239-167410-1-pb.pdf>.

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.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; *et al.* Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.