

PEDRO HENRIQUE BAIOTTO NORONHA

VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA

*ELEMENTO ESSENCIAL DO
DEVIDO PROCESSO*

 editora
itacaiúnas

PEDRO HENRIQUE BAIOTTO NORONHA

VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA

*ELEMENTO ESSENCIAL DO
DEVIDO PROCESSO*

1ª edição

© 2020 por Pedro Henrique Baiotto Noronha
Todos os direitos reservados.

Conselho editorial

Colaboradores:

Márcia Aparecida da Silva Pimentel
Universidade Federal do Pará, Brasil
José Antônio Herrera

Universidade Federal do Pará, Brasil
Wildoberto Batista Gurgel

Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Brasil
André Luiz de Oliveira Brum

Universidade Federal do Rondônia, Brasil

Mário Silva Uacane

Universidade Licungo, Moçambique

Francisco da Silva Costa

Universidade do Minho, Portugal

Ofelia Pérez Montero

Universidad de Oriente- Santiago de Cuba, Cuba

Editora-chefe Viviane Corrêa Santos
(Universidade do Estado do Pará, Brasil)

Editoração eletrônica e capa: Walter Rodrigues

Preparação e organização de originais: Deividy Edson

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

N852v	Noronha, Pedro Henrique Baiotto
	Vedação da decisão surpresa [recurso eletrônico]: elemento essencial do devido processo / Pedro Henrique Baiotto Noronha. - Ananindeua, PA : Itacaiúnas, 2020. 56 p. ; PDF ; 1,79 MB.
	Inclui bibliografia e índice. ISBN: 978-65-991434-4-1 (Ebook)
	1. Direito civil. 2. Processo civil. 3. Decisão surpresa. 4. Sentença. I. Título.
2020-1380	CDD 347 CDU 347

Elaborado por Odílio Hilario Moreira Junior - CRB-8/9949

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito civil 347
2. Direito civil 347

DOI: 10.36599/itac-ed1.015

O conteúdo desta obra, inclusive sua revisão ortográfica e gramatical, bem como os dados apresentados, é de responsabilidade de seus participantes, detentores dos Direitos Autorais.
Esta obra foi publicada pela [Editora Itacaiúnas](#) em junho de 2020.

Sumário

PREFÁCIO	4
INTRODUÇÃO	5
1. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	9
1.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DEVIDO PROCESSO.....	9
1.2 DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL.....	11
1.3 ESCORÇO DO VALOR DOS PRINCÍPIOS NO SISTEMA JURÍDICO-NORMATIVO.....	12
1.4 DEVIDO PROCESSO, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA	13
1.5 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.....	18
1.5.1 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
1.5.2 DEFINIÇÃO, SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.....	20
1.5.3 PARIDADE DE ARMAS, CONTRADITÓRIO EFETIVO E CONTRADITÓRIO DO AUTOR	23
2 A VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA	28
2.1 NORMAS GERAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	28
2.2 DECISÃO SURPRESA NO CONTEXTO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	31
2.3 A PRÁXIS ANTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE O TEMA.....	35
2.4 A VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015..	37
2.5 MITIGAÇÃO DA PROIBIÇÃO DA DECISÃO SURPRESA – DESISÕES <i>INAUDITA ALTERA PARTE</i>	42
2.5.1 INAPLICABILIDADES LEGALMENTE PREVISTAS	43
2.5.2 HIPÓTESES NÃO PREVISTAS EXPRESSAMENTE	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	51

PREFÁCIO

Honrou-me o autor com o convite para prefaciá-lo seu livro, o que é uma honra e um desafio.

O autor aborda com profundidade o importante tema da proibição da decisão surpresa, versado especialmente nos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março de 2016.

Como bem destacou o autor, os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal “abrangem a vedação da decisão surpresa”, mas que “a interpretação concedida pelos operadores do direito no Brasil, muitas vezes era contrária a isto, pois culturalmente criou-se a ideia de que a sentença é formulada pelo juízo, cabendo aos litigantes somente apresentar a questão fática.”

Trata-se mais um dos tantos casos em que a norma constitucional somente passa a ser acolhida no País, depois que é editada lei ordinária, “esclarecendo” aos operadores do direito sobre o teor e efetiva extensão da normatividade constitucional¹.

A obra examina com extensão o histórico do não respeito desta faceta dos princípios constitucionais elencados e a importância da edição da norma que apresente de maneira clara a proibição da decisão surpresa (o que ocorreu com a edição do CPC em vigor), bem como os adequados contornos fáticos e jurídicos da matéria e como eles devem ser inculcados na cultura jurídica nacional.

Como se sabe, a doutrina é instrumento para explicitar e, especialmente, para corrigir os modelos prescritos em vigor, e contribuir, desta forma, para o aperfeiçoamento da *praxis* jurídica do País.

Por possuir as qualidades apontadas, esta obra merece ser qualificada como doutrina. Doutrina que pode corrigir os arcaicos modelos existentes na cultura nacional. Doutrina que merece ser lida, apreendida e incorporada no mundo jurídico de nosso País.

Seja bem-vindo, Pedro Henrique Baiotto Noronha, ao quadro de doutrinadores de nosso País.

Ricardo Luiz da Costa Tjäder

**Juiz de Direito Aposentado – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul;
Professor do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta.**

¹ Como bem se colhe no 11º parágrafo das considerações finais da obra.

INTRODUÇÃO

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos como direitos fundamentais no art. 5º, LV da Constituição Federal², dizem respeito especificamente ao processo, estando intrinsecamente ligados entre si e com outros princípios e garantias, em especial ao devido processo legal, vaticinado no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal³.

Esta obra, cuja pesquisa iniciei durante curso de Especialização em Direito Processual Civil realizado pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, e que resultou na publicação de trabalhos em eventos acadêmicos e de um artigo científico junto ao periódico *Juris Plenum Ouro*⁴, analisa as modificações trazidas a partir do Código de Processo Civil de 2015, Lei nº 13.105, de 16 de março daquele ano⁵, com entrada em vigor no ano de 2016, no que concerne aos princípios do contraditório e da ampla defesa, notadamente sua aplicabilidade e incidência, com foco no que se nominou de vedação à decisão surpresa.

Nesta senda, muitas vezes o contraditório e a ampla defesa são vistos como um só direito dos litigantes, motivo pelo qual compreendeu-se como necessário apontar neste estudo, como forma de introito ao cerne da questão, suas conceituações, semelhanças e diferenças, se existentes.

Vale lembrar que o Código de Processo Civil, já em seu art. 1º⁶, afirma que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado nos termos da Constituição Federal, redação esta que para alguns poderia ser desnecessária, pois caso se afirmasse em contrário, o texto legal seria inconstitucional. Mas muito tem se dito quanto à conveniência deste reforço informado logo ao início do Código, a fim de evitar que operadores do direito procedam uma interpretação que não seja sistemática e constitucional do Código de Processo Civil. Ao reiterar a necessidade de interpretação da legislação infraconstitucional pela Constituição Federal, o legislador deixou claro que o código não existe por si só, bem como que foi elaborado nos ditames da Constituição de 1988.

² BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 08 jun. 2020.

³ *Ibidem*.

⁴ Noronha, Pedro Henrique Baiotto. A vedação da decisão surpresa como símbolo do contraditório e da ampla defesa no Código de Processo Civil. **Juris Plenum Ouro**. *Juris Plenum Ouro*, v. 59, 2018.

⁵ BRASIL. **Lei 13.105 de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 08 jun. 2020.

⁶ BRASIL. **Lei 13.105 de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 08 jun. 2020.

No mesmo sentido, o art. 7º do Código de Processo Civil de 2015⁷ busca assegurar às partes, dentre outros fundamentos, a paridade de tratamento em relação ao exercício dos direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa e ônus, conferindo ao juiz o dever de zelar pelo contraditório efetivo. Ressalta-se que a própria legislação, não à toa, determina que o contraditório seja efetivo, e não somente alegórico ou simulado.

E nesta conjuntura, depreende-se que não basta existir uma previsão genérica de respeito aos princípios constitucionais examinados, pois tal circunstância não bastaria para constatar avanço no respeito aos mencionados princípios. É necessário que os instrumentos processuais passíveis de manejo garantam essa possibilidade, de modo que se torna imprescindível analisar se o Código de Processo Civil traz alterações significativas capazes de assegurar aquilo que ele próprio não somente se propõe, mas determina aos sujeitos processuais.

Em uma leitura inicial do Código de Processo Civil, assume destaque a previsão dos artigos 9º e 10⁸, que referem a impossibilidade do julgador proferir, salvo algumas exceções, decisão contra alguma das partes sem que esta seja ouvida, e de decidir com base em fundamento ao qual não tenha se oportunizado às partes a manifestação, ainda que se trate de matéria em que deva decidir de ofício. Trata-se do que tem sido nomeado de vedação à prolação de decisão surpresa, e que evidentemente possui ligação com ambos os princípios do contraditório e da ampla defesa, eis que confere a necessidade de oportunizar às partes manifestação sobre aquilo que será decidido, ou seja, restou expressa a necessidade de obediência ao princípio do contraditório, ainda que se esteja diante de matéria de ordem pública. Este dispositivo inclusive foi ressaltado quando da exposição de motivos do Código⁹.

Ao comentar os mencionados dispositivos, Wambier *et al*¹⁰ referem que tais artigos refletem o contraditório em sua essência, e que o contraditório “no NCPC, é princípio acolhido em sua versão mais refinada”.

Destarte, o problema vislumbrado é a necessidade de verificar se estes instrumentos trazidos pelo Código de Processo Civil, são, de fato, importantes e idôneos à consecução dos direitos ao contraditório e à ampla defesa, e se realmente caracterizam a essência destes, sendo capazes de alcançá-los, mormente tendo em consideração que se esperou a vigência do

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

⁹ BRASIL. **Código de Processo Civil: Anteprojeto (2010)**. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 08 jun. de 2010.

¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et. al. **Primeiros Comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 66-68.

Código processual durante muitos anos no Brasil, o que ocorre inclusive de forma subsidiária nas esferas trabalhista e criminal.

Decorre deste problema, portanto, o objetivo principal desta obra, que é analisar as alterações trazidas pelo Código de Processo Civil 2015 no que se refere à vedação da decisão surpresa, e se esta possui identidade com os princípios do contraditório e da ampla defesa. Da mesma forma, são observados os fundamentos dos princípios do contraditório e da ampla defesa, as diferenças e similitudes entre estes princípios; identificados brevemente instrumentos do Código de Processo Civil de 2015 que demonstrem uma nova ideologia no que tange a estes princípios; analisado se a vedação da decisão surpresa, estando prevista no Código, representa algum avanço ou retrocesso no que tange ao respeito e efetivação dos mencionados princípios, especialmente em relação ao Código predecessor, questionando a real eficácia no sistema jurídico.

Compreendo que este trabalho pode contribuir de forma positiva neste sentido, analisando as alterações legislativas, doutrina e entendimentos jurisprudenciais sobre o tema, buscando assim contribuições e interpretações para melhoria do sistema e garantia de respeito a estes princípios intrinsecamente ligados ao devido processo.

Da análise comparativa entre o sistema enquanto vigente o Código de Processo Civil de 1973 e o de 2015, entende-se que será possível constatar, alternativamente, (a) que a previsão legal de vedação à decisão surpresa no Código de Processo Civil atual mostra evolução no que diz respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em relação ao anterior ou que, eventualmente ou que (b) com a previsão legal da vedação à decisão surpresa no Código ocorrerem situações em que, do ponto de vista prático, podem ser positivas ou negativas quando se está em discussão os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Analisa-se que o Código de Processo Civil, que traz em seu bojo a necessidade intransponível de respeito, dentre outros, a esses princípios, também fornece elementos sólidos a fim de visar a concretização do contraditório e da ampla defesa. Assim, necessária uma análise do Código de Processo Civil, com inevitável comparação com o sistema existente enquanto vigente o Código de 1973, para que seja possível verificar se de fato estão sendo fornecidos meios e instrumentos processuais mais adequados à efetiva garantia de tais princípios, mormente se a previsão da vedação à decisão surpresa é um destes instrumentos.

Inicialmente, discorre-se sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa, suas similitudes e diferenças, para na sequência efetuar uma análise das alterações legislativas trazidas pelo Código de Processo Civil, para se evidenciar a existência ou não de avanços ou retrocessos na legislação no que tange a esses princípios, e se a previsão da vedação à decisão

surpresa traz identidade com eles, bem como se representa alguma mudança do ponto de vista prático.

Ao início do segundo capítulo serão demonstrados alguns elementos que informam a existência de uma nova ideologia quanto ao contraditório e ampla defesa no Código de 2015. Neste caso, no entanto, não se pretende trazer um rol exaustivo de hipóteses em que há alteração legislativa atinente ao contraditório e à ampla defesa no Código de Processo Civil, mas, na realidade, apontar os principais pontos que comprovam esta alteração ideológica.

1. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Neste primeiro capítulo, analisam-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, suas similitudes e peculiaridades, partindo-se de suas principais características e ao cabo diferenciando-lhes, oportunidade em que serão tratados individualmente, delineando-se assim as mais importantes concepções a respeito do tema, a fim de criar subsídio ao ponto central deste estudo

1.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DEVIDO PROCESSO

Embora o objeto central deste primeiro capítulo sejam os princípios do contraditório e da ampla defesa, não se pode olvidar que a efetivação do processo no Estado Democrático de Direito é imprescindível à implementação não somente de tais princípios, mas de todos os que integram o devido processo, e esta é a razão destes esclarecimentos iniciais, observando-se, ainda, a estrita ligação e decorrência destes em relação do devido processo.

Da leitura da Constituição Federal de 1988, constata-se a existência de inúmeras normas atinentes ao Direito Processual, geralmente aplicáveis ao Direito Processual Civil, mormente quando se trata de direitos e garantias aos sujeitos do processo. A Constituição Federal orienta e limita a atuação do jurista e também do legislador, sob pena de, havendo descompasso entre as inovações e a ordem estabelecida, serem aquelas declaradas inconstitucionais e, portanto, ineficazes.

A respeito do devido processo legal, Moraes¹¹ ensina que a Constituição Federal de 1988 “incorporou o princípio do devido processo legal, que remonta à Magna Charta Libertatum de 1215, de vital importância no direito anglo-saxão”. Menciona, ainda, o art. XI, nº 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que garante a presunção da inocência e todas as garantias de defesa.

A seu turno, Bedin¹² esclarece que tal direito foi assegurado pela primeira vez pela quinta emenda à Constituição norte-americana, possuindo previsão de sua garantia também

¹¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 105.

¹² BEDIN, Gilmar Antônio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. 3. ed.rev. e ampl. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002, p. 54.

pela Declaração de Direitos da Virgínia, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, artigo VII, e na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Refere que esta garantia ainda “abrange vários outros direitos, tais como: direito à proteção contra auto-incriminação, direito à ampla defesa, direito ao contraditório, direito ao juiz natural, direito à publicidade dos atos processuais e direito à isonomia processual”.

Em uma interpretação estritamente literal do termo processo legal, seria possível imaginar a existência de processo legal inconstitucional, pois seria possível a existência de norma legal em confronto com a Constituição, cabendo então a interpretação dos órgãos julgadores, em especial do Supremo Tribunal Federal, que poderia declarar inconstitucionalidade ou interpretação conforme a Constituição Federal, com efeitos *erga omnes*, vinculantes, no chamado controle concentrado de constitucionalidade.

De qualquer forma, compreende-se que o devido processo somente será legal se atender não somente à letra da lei, mas também sua interpretação nos termos da Constituição Federal. Com base neste entendimento, talvez bastasse usar, portanto, o termo “devido processo”.

Assim, o processo legal somente será devido, como normalmente se chama, se interpretado e orientado pelos ditames da Constituição Federal. Qualquer norma em sentido contrário tem o condão de ser nula e não produzir efeitos.

Em um exemplo hiperbólico, se um código processual brasileiro deixasse de prever forma de chamamento do réu ao processo, ou possibilidade de resposta deste, certamente haveria mácula no procedimento previsto, pois ofenderia o direito de defesa e o contraditório efetivo.

É claro que geralmente as questões inconstitucionais atinentes a direito processual são muito mais sutis, pois, caso contrário, muito provavelmente sequer passariam sob as análises de constitucionalidade dos poderes Executivo e Legislativo.

Importante salientar que o Código de Processo Civil anterior data de 1973¹³, de modo que é oriundo de momento anterior à Constituição Federal de 1988 e por isso suas normas eram objeto de crivo quanto à recepção ou não pelo novo ordenamento jurídico, mormente do moderno ponto de vista de constitucionalização, inclusive do direito privado.

Em decorrência disso também o Código de 2015 é festejado, tratando-se do primeiro elaborado após a Constituição Federal de 1988 e no recente regime democrático brasileiro,

¹³ BRASIL. **Lei 5.869 de 1973**. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 08 jun. 2020.

tendo, portanto, passado pela análise prévia de constitucionalidade de acordo com a Constituição Federal vigente.

1.2 DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL

Estabelecidas as questões iniciais quanto ao devido processo e seu lugar na Constituição, importante traçar as definições do direito processual na Constituição Federal.

A este respeito, Nery Junior¹⁴ descreve a evidente diferença entre o direito processual constitucional e o direito constitucional processual. Embora ambos componham o que se denomina justiça constitucional, ensina o doutrinador que o primeiro significa conjunto de princípios objetivando regular a jurisdição constitucional, enquanto o segundo aponta para o conjunto de normas processuais constante na Constituição Federal. Cita, como exemplo de normas de direito constitucional processual, o art. 5º, XXXV e o art. 8º, III, ambos da Constituição Federal, e como institutos de direito processual constitucional o mandado de segurança, o habeas data e a ação direta de inconstitucionalidade.

Destarte, embora ambos sejam relevantes do ponto de vista da compreensão do direito processual, estritamente quando da análise do direito processual civil o direito constitucional processual, com a análise das normas de direito processual constantes na Constituição, dentre as quais estão incluídas o devido processo, o contraditório e a ampla defesa.

Como já mencionado, a interpretação do Código de Processo Civil, assim como o restante da legislação, deve ocorrer tendo como norte a Constituição Federal, o que, sem dúvida, foi impulsionado no Brasil pela Constituição de 1988. Tal circunstância traz, sem dúvida, maior estabilidade ao direito processual e segurança jurídica, pois determinadas garantias somente poderiam ser suprimidas com o rompimento da ordem democrática.

Da mesma forma, é muito comum confundir o Direito Processual Civil com o próprio Código de Processo Civil, o que, sem dúvida, é inconsistente. Mesmo quando ocorre o advento de um novo Código de Processo, devem ser seguidas as normas constitucionais, os

¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal** [livro eletrônico]: processo civil, penal e administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

princípios gerais de direito, bem ainda o sobredireito do direito processual, definido por Pontes de Miranda¹⁵ como sendo as “regras por sobre regras de direito processual”.

1.3 ESCORÇO DO VALOR DOS PRINCÍPIOS NO SISTEMA JURÍDICO-NORMATIVO

O tema do valor dos princípios no sistema jurídico-normativo é tema de inúmeros estudos e discussões, capaz de demandar extensa análise e interpretação, o que fugiria do objetivo neste momento do trabalho, razão pela qual se faz somente este esboço a fim de situar o princípio, em seu grau de valor, no sistema.

Vale salientar que na definição clássica kantiana, sistema é uma unidade técnica, e a ciência não pode surgir acidentalmente, mas arquitetonicamente e com interconexão. A este respeito, a obra de Kant¹⁶ esclarece o seguinte:

[...] Ora, esta integral perfeição de uma ciência não pode ser aceite com confiança se assentar apenas sobre o cálculo aproximativo de um agregado, obtido por simples tentativas; daí que seja somente possível mediante uma idéia da totalidade do conhecimento a priori do entendimento e [pela] divisão, determinada a partir dessa idéia, dos conceitos que o constituem, por conseguinte pela sua interconexão num sistema. O entendimento puro distingue-se totalmente não só de todo o elemento empírico, mas também de toda a sensibilidade. É, pois, uma unidade subsistente por si mesma e em si mesma suficiente, I que nenhum acréscimo do exterior pode aumentar. Daí que o conjunto do seu conhecimento constitua um sistema, a abranger e determinar por uma idéia, sistema cuja perfeição e articulação possa oferecer, ao mesmo tempo, uma pedra de toque da exatidão e genuinidade de todos os conhecimentos que nele se incluam. Toda esta parte da lógica transcendental é constituída por dois livros, dos quais o primeiro contém os conceitos e o outro os princípios do entendimento puro.

Princípio, em relação às suas possibilidades jurídicas e de fato, na interpretação dos ensinamentos de Alexy¹⁷ é norma que ordena algo que seja realizado na medida de tanto quanto possível, sendo mandamentos de otimização.

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973, t.I, p. 3.

¹⁶ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 37.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 3 ed. revisada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Para Canotilho¹⁸, são normas impositivas de otimização, que são compatíveis com diversos graus de concretização, de acordo com condicionamentos jurídicos e de fato. São distintos das regras, já que estas são normas que prescrevem uma exigência, que é ou não cumprida.

É oportuno destacar que, na visão de Mello¹⁹, princípio é o mandamento nuclear e alicerce de um sistema, sendo, pois, disposição fundamental que se irradia sobre normas diversas, compondo-as e servindo de critério para sua correta compreensão e interpretação, de modo que a violação de um princípio é mais grave que a infração de uma norma, pois é ofensa não somente a um mandamento, mas a um sistema.

Conceitualmente, Ávila²⁰ diferencia regras e princípios nos seguintes termos:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Deste modo, podemos concluir que os princípios são normas compatíveis com diversas outras normas, integrando-as e orientando-as, cuja violação destes é mais grave que a violação da norma em si, possuindo, portanto, relevância superior à lei e à regra.

1.4 DEVIDO PROCESSO, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Em outro enfoque, retomando-se a questão do devido processo, Grinover²¹ aponta que a cláusula do devido processo legal é garantia das partes e do próprio processo, referindo que não se deve limitar ao perfil subjetivo da ação e da defesa, mas que deve acentuar, também seu perfil objetivo. A autora esclarece que:

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

²⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1990, p. 2

“[...] se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz; do outro lado, essa efetiva e plena possibilidade constituiu a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões”.

Não há como se negar o vínculo existente do devido processo legal com o contraditório e a ampla defesa.

Antes, porém, não se pode esquecer que o devido processo legal é a base dos demais princípios atinentes ao processo. Nas palavras de Nery Junior²²: “o princípio constitucional fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam, é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*.”

No Brasil, o art. 5º, LIV da Constituição Federal²³ assegura que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, abrangendo, portanto, todo e qualquer bem juridicamente tutelado, na acepção genérica do princípio do devido processo legal.

Além disso, o acesso à justiça, assegurado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal²⁴, também é garantia ao respeito do devido processo legal, possibilitando a todos indivíduos buscar o auxílio ao Poder Judiciário no caso de desrespeito ao devido processo legal, bem como que o duplo grau de jurisdição tem íntima relação com estas duas garantias. Pode-se afirmar, pois, que é remédio para o caso de violação do processo legal ou das demais nuances deste decorrentes. Além de caracterizar direito ao livre acesso ao poder judiciário ou inafastabilidade da jurisdição, é, segundo Chiovenda²⁵, o direito ao pronunciamento do juízo. Nas palavras do doutrinador:

Independentemente do direito de ação, cabível a uma só das partes, e que só na conclusão do processo se evidenciará a qual delas pertence, durante o processo *ambas* as partes têm *direito* ao pronunciamento, e o juiz é *obrigado* para com ambas a essa prestação. Se é incerto, durante o processo, a qual das partes assiste o pronunciamento *favorável*; se, durante o processo, a tendência de cada uma delas só se pode considerar uma *aspiração*; representa, em vez disso, verdadeira e própria

²² NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal** [livro eletrônico]: processo civil, penal e administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, cap. II, item 5. p.4

²³ BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 08 jun. 2020.

²⁴ BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 08 jun. 2020.

²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Direito Processual Civil**. Volume I. Os conceitos fundamentais – a doutrina das ações. Traduzido Por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 56.

expectativa jurídica, ou seja um direito, embora de natureza formal ou instrumental, aquela que, durante o processo, cada uma das partes tem, relativamente ao pronunciamento do juiz. [...]

Aqui, respeitado o entendimento do doutrinador, deve ser acrescentado que diante da complexidade atual da sociedade, das relações jurídicas e, decorrência disso, das decisões judiciais, há que se mencionar que o direito de ação pode ser, inclusive, de ambas as partes, pois é muito comum que quando da conclusão do processo sejam atribuídas prestações a ambas as partes – autor e réu. Exemplo disso seria uma ação julgada parcialmente procedente, em que se reconhece uma obrigação ao réu de restituir algo ao autor, desde que este cumpra determinada condição que lhe é devida.

Assim, o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal é não somente o fundamento do direito de ação, mas a garantia da inafastabilidade do judiciário, direito constitucional de submeter qualquer lesão ou ameaça a direito à apreciação do Poder Judiciário, que não pode deixar de *dizer o direito*, através da tutela jurisdicional.

Ainda sobre o devido processo, em seu sentido material, conforme ensinamento de Nery Junior²⁶, “o conceito de *devido processo* foi-se modificando no tempo, sendo que doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula, de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão”. O doutrinador aponta que, ao seu entender, bastaria a constituição adotar o princípio do devido processo para que decorressem as demais consequências processuais para garantir aos litigantes o processo e a sentença justos.

Na opinião de Moraes²⁷, o devido processo legal configura dupla proteção do indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições do Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Assim, o devido processo deixou de ter cunho eminentemente processual, ganhando contornos materiais.

²⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal** [livro eletrônico]: processo civil, penal e administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, cap. II, item 7, p. 3.

²⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 105.

No que diz respeito ao Processo Civil, Grinover²⁸ ensina serem manifestações do devido processo legal: a igualdade das partes, a garantia do direito de ação, o respeito ao direito de defesa e o contraditório.

Por outro lado, Nery Junior²⁹ menciona, ainda, que o direito comunitário europeu e o direito interno italiano desenvolvem estudos que denominam o devido processo legal como *justo processo*. No entanto, entende não ser o caso de aplicação desta denominação no âmbito jurídico brasileiro. A este respeito, assevera:

“Justo processo – ou *fair procedure*, ou *fairen Verfahren* – nada mais é do que a *procedural due process clause* ou seja, o devido processo legal processual, ou, mais simplesmente, **devido processo**.

A doutrina italiana, na tentativa de traduzir o termo *due*, sugere as ideias de processo regular ou correto e propõe que a expressão seja traduzida como justo, em face do conteúdo e significado da cláusula processual do devido processo legal.

A ideia é de processo justo, processo entendido aqui em seu sentido *estricto*, de meio pelo qual se exerce o direito de ação. Mas a terminologia parece apequenar o instituto, cuja magnitude do conteúdo é de direito material e de direito processual.

A crítica se faz à vetusta doutrina brasileira que, por traduzir literalmente a expressão inglesa *process* por *processo*, via no devido processo legal apenas sua manifestação processual, olvidando-se do aspecto de direito material ínsito à cláusula, pode ser, em certa medida, transferida a setores da doutrina brasileira contemporânea, quando se utilizam da expressão *justo processo*.

Deve-se abstrair dessa discussão e entender-se a ideia italiana de justo processo como significando, para nós, **devido processo**, razão pela qual parece desnecessário lançar-se mão do artifício de adotar-se a terminologia italiana, na medida que o texto constitucional brasileiro, também por empréstimo, denomina o instituto de *devido processo legal* [...]“

Portanto, não há dúvidas quanto à adequação da utilização da terminologia “devido processo”, inclusive porque é comum a alteração de nomenclaturas, embora a ideia e o princípio sejam os mesmos. No âmbito do Direito Internacional, Da Costa³⁰ menciona decisão italiana que se utilizou do *princípio da defesa*, que evidentemente poderia ser tanto caracterizador do contraditório quanto da ampla defesa. Vejamos:

Em sede de Direito Internacional Público e de relações Internacionais, com reflexo no Direito Internacional Privado, destaca-se, por exemplo, o pronunciamento da Corte Constitucional da Itália que, invocando o **princípio da defesa**, decidiu pela inconstitucionalidade do ato do Ministro da Justiça italiana, que recusou autorização

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 16.

²⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal** [livro eletrônico]: processo civil, penal e administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, cap. II, item 8.1, p. 3.

³⁰ DA COSTA, José Augusto Galdino. **Princípios Gerais no Processo Civil**. Princípios Fundamentais e Princípios informativos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 21-22.

para o arresto e a subsequente execução de um navio, aportado na Itália, pertencente a outro Estado estrangeiro.

Entendeu a Corte que, diante da negativa do Ministro da justiça, o **princípio da defesa** fora violado, tendo em vista que a lei italiana, que faculta o poder de veto ao ministro, não previu nenhuma indenização a ser paga, pelo governo italiano, em favor do credor, que ficaria impedido de executar o Estado devedor. Além disso, considerou a Corte que a natureza dos atos negociais em litígio era decorrência do *iure gestionis* do Estado estrangeiro, razão pela qual a demanda, também por isso, sujeitava-se à jurisdição italiana [...]

Em outro aspecto, embora o devido processo seja garantido no Brasil pelo já citado inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal³¹, o que, por si só, já teria o condão de assegurar o direito de defesa, com o contraditório efetivo, denota-se que o inciso LV do mesmo artigo assegura aos litigantes o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Assim, o dispositivo vai além de buscar assegurar o devido processo legal, mas determina que ele seja efetivo, assegurando os meios e recursos inerentes à ampla defesa.

Não obstante, a vinculação do processo legal com o contraditório e a ampla defesa, e a decorrência destes em relação aquele é indubitável.

Neste sentido, Da Silva³² leciona que o enunciado do inciso LIV do artigo 5º tem origem na Carta Magna Inglesa, e que este, combinado com o acesso à justiça e com o contraditório e a plenitude de defesa compõe o ciclo das garantias processuais. Complementa que a garantia é do processo, com formas instrumentais adequadas para que a prestação jurisdicional ocorra de acordo com os imperativos da ordem jurídica, o que abrange o contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia e a bilateralidade dos atos procedimentais.

Portanto, o devido processo manifesta-se como fundamento não somente do direito de ação e da igualdade entre as partes, mas também da ampla defesa e do contraditório.

Deste modo, a ampla defesa e o contraditório são corolários lógicos do devido processo. Não obstante, caracterizam também direitos constitucionais expressos, conforme será analisado no ponto seguinte.

³¹ BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 07 jun. 2020.

³² DA SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 431-432.

1.5 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Neste ponto, analisamos os princípios do contraditório e da ampla defesa propriamente ditos, inicialmente sua caracterização como direitos fundamentais, na sequência a definição de cada um deles, com suas semelhanças, vínculos e diferenças, encerrando o capítulo com as definições de paridade de armas, contraditório efetivo e contraditório do autor.

1.5.1 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Especificamente ao contraditório e à ampla defesa, como já mencionado, a Constituição Federal assegura em processos judiciais ou administrativos, conforme seu art. 5º, LV, aos litigantes o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Observa-se, ainda, que o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal objetiva permitir o contraditório e a ampla defesa aos litigantes, de uma forma geral, e não somente aos acusados ou ao réu. Trata-se de direito trazido dentre os nominados direitos fundamentais de primeira geração, nomenclatura esta adotada por grande parte da doutrina e dos operadores do Direito.

Direitos fundamentais de primeira geração são aqueles referentes às chamadas liberdades negativas, atinentes à liberdade do ser humano, sendo portanto os direitos civis e políticos, de modo que possuem um caráter negativo em relação ao Estado.

Nesta análise, Sarlet³³ refere serem tais direitos produto peculiar do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de cunho individualista. Tratam-se de direitos do indivíduo frente ao estado, “direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual”.

Com efeito, Bonavides³⁴ afirma que estes direitos representam os direitos civis e políticos, correspondentes à fase inicial do constitucionalismo ocidental e que permanecem integrando as constituições hodiernas, embora com alguma variação de conteúdo.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 50.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

Ora: se de um lado os indivíduos possuem o direito de utilizar o Poder Judiciário para obter da tutela jurisdicional pretensão de direito, fazem jus também a se defenderem em igual medida, na hipótese de serem demandados em juízo.

Vale salientar que, em sua obra, Portanova descreve a ampla defesa como um desdobramento do acesso à justiça³⁵.

Destarte, o contraditório e a ampla defesa estão garantidos no Brasil pelo art. 5º da Constituição Federal, ou seja dentre os direitos e garantias fundamentais do sistema brasileiro, e por este motivo não podem ser violados, e somente poderiam ser afastados em caso de ocorrência de ruptura do sistema jurídico-normativo.

Aponta o § 1º do art. 5º da Constituição Federal que estas disposições possuem aplicação imediata, ou seja, não dependem de legislação complementar, servindo, pois, como parâmetro (e limites) para elaboração de outras leis pelo legislador e para a interpretação pelos juristas.

Da mesma forma, o devido processo legal, e em decorrência disso também o contraditório e a ampla defesa, possuem estreita ligação com a dignidade da pessoa humana, de modo que os indivíduos não podem ser tratados como simples objetos, suprimindo sua qualidade de pessoa, o que garante o tratamento digno e a igualdade.

É oportuno destacar as palavras de Theodoro Junior³⁶, o qual discorre sobre o avanço apresentado pela Constituição Federal no Brasil, em relação à Constituição anterior, bem como tendo em vista que em outros países já existiam tais previsões, de modo que houve a equiparação, assim como em outros locais, destas garantias decorrentes do devido processo legal como direitos inerentes a todos os cidadãos. Eis o que refere o autor:

A explicitude do novo texto magno, portanto ergueu nossa Carta Magna ao nível das mais avançadas Constituições do mundo, em tema de garantia da tutela jurisdicional. Aquilo que se deduzia da análise sistemática e indireta dos princípios implícitos é agora proclamado aos quatro ventos por enunciados de meridiana clareza.

Do novo texto constitucional, portanto, emana a certeza de que a tutela jurídica devida pelo Estado ao povo não se limita a uma simples obrigação de resposta ao direito de ação, exercitado indistintamente pelo autor e pelo réu. O que se assegura, enfaticamente, é o *devido processo legal*, com todos os predicados que a história do Constitucionalismo universal conseguiu construir.

Tudo aquilo que antes era explícito apenas para o processo penal, como o direito ao contraditório e à ampla defesa, através de todos os meios e recursos inerentes ao *devido processo legal*, agora é endereçado, em texto claro e direto, também ao processo civil, e até mesmo ao processo administrativo. Em suma, é uma garantia

³⁵ PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

³⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no Direito Processual Civil. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. vol. 5. São Paulo: Revista dos tribunais, out. 2011, p. 1027-1047.

fundamental a de que, onde houver um processo para solucionar um litígio, seja perante a Justiça, seja perante a Administração, presente estará a garantia constitucional do *due process of law*, em toda sua extensão.

Pode-se, assim, concluir, sem qualquer sombra de dúvida, que a Justiça Civil, tal como a Penal, no moderno Constitucionalismo brasileiro, acha-se informada pelos dois grandes princípios do Estado de Direito, ou seja: a) pela garantia do direito à tutela jurisdicional; e b) pela garantia de que essa tutela será sempre prestada dentro dos moldes do devido processo legal.

Ademais, Mendes³⁷ sustenta que o devido processo legal “é também um tipo de garantia com caráter subsidiário e geral (*Auffanggrundrecht*) em relação às demais garantias”, não deixando de mencionar, ainda, que “há outras situações em que o devido processo legal assume características autônomas ou complementares”.

Portanto, tanto o devido processo quanto o contraditório e a ampla defesa podem ser considerados como direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente no Brasil e que não podem ser violados seja por simples letra da lei, seja pela interpretação a esta concedida, eis que sua violação traz evidentes prejuízos aos direitos individuais, os quais estão intrinsecamente vinculados à dignidade da pessoa humana.

1.5.2 DEFINIÇÃO, SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Frequentemente a doutrina evita diferenciar o contraditório e a ampla defesa. Em regra, assim como se observa no tratamento dado pelos operadores do Direito, ambos são trazidos de maneira conjunta, assim como são descritos conjuntamente na Constituição Federal.

Todavia, insta apontar, para fins de definição do ponto de vista técnico, autores que diferenciam o contraditório e a ampla defesa.

Conforme os ensinamentos de Da Costa³⁸, que trata o contraditório e a ampla defesa como princípio único, inserido dentre os que denomina de princípios fundamentais (embora posteriormente também cite o princípio da ampla defesa dentre aqueles que considera como informativos), este é:

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso Direito Constitucional**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 751.

³⁸ DA COSTA, José Augusto Galdino. **Princípios Gerais no Processo Civil**. Princípios Fundamentais e Princípios informativos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 20.

[...] a garantia dada ao indivíduo de contraditar os argumentos apresentados pela parte contrária, produzir ou contrapor as provas que foram ou devem ser produzidas e, em casos especiais, impugnar a decisão ou a sentença, valendo-se de todos os meios e recursos que decorrem dessa garantia. O princípio corresponde ao brocardo latino *audiatur et altera pars* – que seja ouvida também a outra parte –, que jamais poderá ser prejudicada, sem ter sido citada ou intimada no curso do processo.

Na mesma sistemática, Alvim³⁹ presta importante esclarecimento quanto aos princípios informativos e os princípios fundamentais, quando refere que os primeiros “são regras predominantemente técnicas e, pois, desligados de maior conotação ideológica, sendo, por esta razão, quase que universais”, argumentando que seriam “quase axiomas”, e os segundos são “diretrizes nitidamente inspiradas por características políticas, trazendo em si carga ideológica significativa, e, por isto, válidas para os sistemas ideologicamente aperfeiçoados aos princípios fundamentais que lhes correspondam”, razão pela qual estes podem, segundo o autor, comportar princípios antagônicos.

De outro norte, Bastos⁴⁰, ao observar o dispositivo constitucional da ampla defesa com olhar penalista, a define como o asseguramento de condições que possibilitem ao réu trazer para o processo todos elementos tendentes a esclarecer a verdade.

Na definição de Moraes⁴¹, com fundamento no entendimento exposto pelo Ministro Celso de Mello no Supremo Tribunal Federal, ampla defesa é “o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se se entender necessário”, enquanto o contraditório é:

[...] a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor [...]

Sob outro prisma, Portanova⁴² entende que o contraditório encontra assento em fundamentos lógico e político. Esclarece que a o fundamento lógico bilateralidade da ação e da pretensão gera bilateralidade do processo, e contradição recíproca, enquanto o fundamento político é que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido.

Esclarece, ainda, que a ampla defesa seria consequência do contraditório (que seria o direito de tomar conhecimento dos termos do processo), mas concederia à parte o direito de

³⁹ ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 41.

⁴⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁴¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 106.

⁴² PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

alegar e de produzir provas. Demonstra, de maneira prática, a questão, ao afirmar, por exemplo, que o réu somente pode apresentar a contestação após sua citação.

Neste caso, a título de esclarecimento, importante salientar que quando o autor menciona que a parte somente poderá contestar após a citação, está somente exemplificando a questão, pois sabe-se que a citação pode ser suprimida na hipótese da parte tomar conhecimento do processo de outra forma e comparecer de maneira válida, suprindo assim a citação formal.

Para Câmara⁴³, o contraditório deve ser compreendido como garantia da participação com influência na formação do resultado e a não-surpresa, aspectos estes que se implicam mutuamente.

Esclarece o autor, ainda, que o contraditório seria a garantia das partes de participar do procedimento destinado a produzir decisões que as afetem, de modo que o processo de debate intenso e participação dos interessados. Caso contrário, a decisão não seria compatível com o modelo constitucional de processo.

Denota-se, portanto, que o contraditório compreende tanto a informação quanto à possibilidade de reação, enquanto a ampla defesa é, de fato, esta possibilidade de reação.

Em sua obra sobre direito administrativo, Medauar⁴⁴ ensina que a ampla defesa possui como desdobramentos diretos o “caráter prévio da defesa”, o “direito de interpor recurso administrativo”, a “defesa técnica”, além e outros desdobramentos do contraditório e que integram a ampla defesa, tais como o direito de informação, de notificação e cientificação, e de produzir provas, que devem ser consideradas.

Deste modo, *mutatis mutandis*, entende-se que todos estes elementos são, de fato, desdobramentos da ampla defesa também no processo civil, no qual podemos chamar o direito de interpor recurso administrativo somente como direito de interpor recurso.

Ainda sob esta perspectiva, Mendes⁴⁵ descreve os direitos abrangidos no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, já citado, como sendo os direitos de informação, de manifestação e de ver seus argumentos considerados. Nas suas palavras:

⁴³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

⁴⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 200-202.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso Direito Constitucional**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 639.

Daí afirmar-se, correntemente, que a *pretensão à tutela jurídica*, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

— *direito de informação (Recht auf Information)*, que obriga o órgão julgador a informar às partes os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

— *direito de manifestação (Recht auf Äusserung)*, que assegura a possibilidade de manifestação, oralmente ou por escrito, sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

— *direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung)*, que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas.

É da obrigação de considerar as razões apresentadas que também deriva o dever de fundamentar as decisões (art. 93, IX, da CF/88).

Tendo como base a opinião dos autores citados, é possível concluir que a ampla defesa e o contraditório são direitos distintos, embora intrinsecamente ligadas e interagentes. Enquanto a ampla defesa é a garantia da existência de condições no processo, o contraditório é o exercício desta ampla defesa, com base no direito do réu de contraditar toda e qualquer manifestação do autor no caso do processo civil. Aqui, imprescindível acrescentar: é o direito de ambos os litigantes de se manifestar sobre o andamento do processo e quanto às teses jurídicas suscitadas pela parte contrária, ou ainda aquelas que serão objeto de decisão pelo juízo, ainda que sejam questões de ordem pública, conforme inclusive será devidamente abordado no tópico seguinte.

1.5.3 PARIDADE DE ARMAS, CONTRADITÓRIO EFETIVO E CONTRADITÓRIO DO AUTOR

Torna-se evidente a necessidade de afirmar que o contraditório deve ser efetivo, garantido não somente ao réu, mas também ao autor do processo, pois caso contrário estaria estabelecida discrepância de armas aos litigantes. A ampla defesa deve proporcionar ao litigante a possibilidade de se defender (e contra-atacar) na medida do ataque desferido pela parte contrária.

Denota-se que a doutrina constitucionalista vislumbra o contraditório e a ampla defesa, via de regra, com uma visão no âmbito do processo penal, e por isso normalmente reforça serem essas garantias do réu ou acusado. Todavia, esta visão, em se tratando do ponto

de vista constitucional, deve ser mais ampla, eis que abrange todo e qualquer processo, inclusive os do âmbito administrativo.

No âmbito do processo civil, isso quer dizer que as questões atinentes ao contraditório e ampla defesa são garantidas não somente ao demandado em juízo mas também ao autor, com o evidente mote de assegurar a paridade de armas. Para alguns, no entanto, isso não significa que os instrumentos oferecidos às partes serão sempre idênticos, porque, por exemplo, é o autor que escolhe o momento de ajuizar a ação.

A questão é alvo de debates, especialmente porque a palavra defesa, em seu íntimo, leva a crer que esta é oriunda de ameaça, ou ataque a direito. Quando se fala em direito de defesa imediatamente se pensa no direito de defesa do réu, pessoa contra quem se demanda pretensão em juízo. Via de regra, realmente, é o réu o primeiro a elaborar uma defesa nos autos do processo.

Há que se lembrar, no entanto, que, muitas vezes, o direito violado ou ameaçado é o do próprio autor da ação, que se utiliza do Poder Judiciário para defendê-lo, bem como que, por vezes, a negativa de produção de provas ao autor pode caracterizar violação ao seu direito à ampla defesa. A palavra defesa deve ser vista em sentido amplo, pois a defesa é em face de qualquer ato praticado no curso do processo pela parte contrária, e não somente contra o pedido principal do autor, na inicial, como faz parecer o termo ampla defesa em uma primeira leitura.

Decorrência lógica disso é observar que, se as garantias de contraditório e ampla defesa fossem exclusivas do réu, poderia ocorrer violação dos direitos processuais do autor, no caso de excesso praticado por ele no seu direito de agir no processo.

Ora, se o contraditório deve ser efetivo, ele deve proporcionar aos litigantes a paridade de armas, e é neste ponto que se encontra a relação entre estes dois pressupostos do contraditório e da ampla defesa.

Quanto ao contraditório efetivo, estabelece Mendes⁴⁶ que “há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo”, apontando que, no direito comparado:

Apreciando o chamado “*Anspruch auf rechtliches Gehör*” (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala a Corte Constitucional que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar [...].

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso Direito Constitucional**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 638-639.

É, neste sentido, que Bastos⁴⁷ entende que a ampla defesa pretende ser instrumento que assegure que o processo não se converta em uma luta desigual, em que o réu somente esboce negativas enquanto o autor escolhe as armas e o momento para utilizá-las, garantindo, pois, ao réu contradizer e até mesmo contra-agir no processo.

Sobre o tema, Mendes⁴⁸, ao analisar os direitos ao contraditório e à ampla defesa, sustenta que “não pode o legislador desequiparar os interesses e as partes em conflito, estabelecendo os meios necessários para que se atinja o equilíbrio entre estas, garantindo, assim, tratamento paritário entre as partes no processo”.

Para que haja o contraditório efetivo, ou efetivo direito de defesa, as partes devem participar da formação do entendimento jurisdicional, e não somente tomar ciência dos atos do processo, atuando como meros coadjuvantes.

O contraditório efetivo é aquele que garante, assim, o equilíbrio entre os litigantes. E para que seja efetivo, há quem assegure a obrigação de defesa, mesmo no caso de omissão da parte contrária, especialmente quando se fala em direitos indisponíveis.

Nessa toada, a questão quanto à obrigatoriedade ou não de reação do réu é complexa e está longe de encontrar um entendimento pacífico.

A grande indagação consiste em saber se, em decorrência disso, é exigido que o litigante se defenda no processo, ou se seria uma opção deste a defesa ou não. Nos casos em que estão em testilha direitos disponíveis, parece adequada esta última opção.

Sobre esta questão, Portanova⁴⁹ refere que a parte tem o direito de alegar e provar suas alegações, caso assim entenda, mas possui também o direito de não se defender. Entende que não se pode obrigar o indivíduo a responder o que alega a parte contrária.

No processo penal, é direito do réu permanecer em silêncio. No entanto, não se admite o andamento do processo sem acompanhamento de defesa técnica, ainda que o réu não manifeste interesse de comparecer no processo. Isso se dá especialmente porque no âmbito processual penal normalmente se está tratando do direito à liberdade do indivíduo.

Em sentido contrário, embora entenda que a parte tem direito a não se manifestar, querendo, Portanova⁵⁰ descreve que o no processo civil deve ser garantido a mesma

⁴⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 663.

⁴⁹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

⁵⁰ *Ibidem*.

abordagem oferecida pela ampla defesa no processo penal, diferenciando-se a defesa técnica e a defesa pessoal, somente sendo possível abrir mão desta última.

Todavia, deve ser considerado que a obrigatoriedade de apresentação de defesa técnica no âmbito civil, em casos onde a tutela pretendida é disponível, parece exacerbado, fugindo ao direito da parte de livremente dispor sobre seus bens e direitos, caracterizando violação ao direito de escolha e à liberdade de agir, o que é criticado pelo próprio doutrinador.

Neste caso, estar-se-ia premiando a desídia da parte ao não constituir procurador, posto que, além de causar maior demora processual, muito provavelmente ocorreria como no Processo Penal, em que o Estado nomeia procurador ao réu, via de regra sequer cogitando saber das suas condições de pagar ou não pelos valores correspondentes.

De qualquer sorte, embora não se possa obrigar alguém a agir no processo, o sistema jurídico brasileiro trouxe hipóteses em que, caso a parte silencie, o Estado garantirá sua defesa, bem como outras em que, se não se manifestar, a parte resta punida.

Neste sentido, como exemplo da primeira hipótese, observa-se que o art. 72 do Código de Processo Civil⁵¹ determina que o juízo nomeie curador especial ao incapaz que não possuir representante legal (ou se os interesses destes colidirem), bem como ao réu revel que estiver preso, bem como ao réu revel citado por edital ou por hora certa que não constituir advogado.

Com relação à segunda situação, chama atenção a disposição do § 8º do artigo 334 do Código de Processo Civil, que determina, no caso de não comparecimento de qualquer das partes (autor ou réu) na audiência de conciliação, considerar-se-á o ato da parte como atentatório à dignidade da justiça, com aplicação de multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa.

Neste caso, é questionável se não seria mais prudente ao legislador e eficiente ao sistema ter adotado a sistemática da Lei 9.099/95⁵² para os Juizados Especiais, que determina, no caso de ausência do autor, conforme artigo 51, I e § 2º da referida lei, a extinção do processo sem julgamento de mérito, com pagamento de custas pelo autor - com exceção do pagamento de custas na comprovação de que a ausência decorre de força maior -, bem como os efeitos da revelia ao réu, nos termos do artigo 20 da mencionada legislação, consistente na reputação como válidos dos fatos alegados na inicial, salvo se a convicção do juiz resultar no contrário.

⁵¹ BRASIL. **Lei 13.105 de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 08 jun. 2020.

⁵² BRASIL. **Lei 9.099 de 1995**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 08 jun. 2020.

A obrigação de comparecimento a esta audiência possui semelhança com o grande debate ocorrido na Itália com a mediação obrigatória, em que se determinou a mediação como condição de admissibilidade de pedidos em ações cíveis, gerando na Itália, conforme menciona Besso⁵³, um quadro com cores contrastantes. Se de um lado esta situação poderia impulsionar a ocorrência de acordos e a não-intervenção do Estado, por outro também gerou evidente insegurança jurídica.

Quanto ao legislador brasileiro – embora a premissa se aplique também ao legislador italiano – apesar da iniciativa ser louvável, talvez, em respeito ao direito da parte de não responder à ação judicial, fosse possível adotar outros procedimentos, como o dos juizados especiais, já citado, e contra qual há mínimas críticas.

Não se pode olvidar que há quem afirme que o contraditório, sendo assegurado a todos os indivíduos constitucionalmente, não pode ser renunciado, sob pena de violação ao devido processo legal. No entanto, parece mais adequado pensar que, se não há violação a direitos indisponíveis, o direito à liberdade (inclusive de não agir) sobrepõe-se à necessidade de defender-se, pois esta é, sobretudo e principalmente, um direito e uma faculdade.

Deste modo, para concluir a ideia exposta, o contraditório e a ampla defesa efetivos pressupõem a ciência dos atos processuais, inclusive os praticados pela parte contrária, oportunidade de responder a tais atos, possibilidade de exame e participação na produção de provas, indicando-as, tendo sempre em vista o fato de que as partes serão sempre imparciais.

Se o contraditório e a ampla defesa não forem considerados de maneira ampla, haverá, portanto, violação à norma, às garantias fundamentais dos litigantes, como antes já analisado, e conseqüentemente nulidade processual.

⁵³ BESSO, Chiara. La mediazione italiana: definizioni e tipologie. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 6, n. 6, 2016. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/21574/15577>> Acesso em 25 mai. 2016.

2 A VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA

Neste segundo capítulo, analiso o princípio/determinação de proibição ou vedação da prolação de decisão surpresa no sistema jurídico brasileiro, e sua vinculação com os princípios do devido processo, do contraditório e da ampla defesa, analisados na primeira parte da obra.

Inicialmente, verifico alguns aspectos gerais do contraditório e da ampla defesa no Código de Processo Civil, a fim de demonstrar se houve, de fato, com sua entrada em vigor, uma alteração de ideologia geral a ser seguida pelos operadores do direito, motivo pelo qual não se pode analisar um ou outro dispositivo isoladamente, mas sim deve haver o entendimento e compreensão da nova legislação processual de maneira sistemática.

Na sequência, se analisa a vedação da decisão surpresa como reflexo do contraditório e da ampla defesa, demonstrando que, embora antes não previsto expressamente no Código de Processo Civil, já havia entendimento da necessidade de sua incidência, como forma de garantia aos mencionados princípios.

Da mesma forma, serão observados entendimentos jurisprudenciais a respeito do tema, a fim de verificar se a atual previsão legal de fato traz alguma alteração no entendimento que era adotado pelos julgadores.

Além disso, estuda-se neste capítulo os entendimentos doutrinários a respeito das disposições quanto à vedação da decisão surpresa no Código de Processo Civil, e, ao cabo, são analisadas eventuais hipóteses de mitigação da referida proibição.

2.1 NORMAS GERAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Antes de se analisar as normas do Código de Processo Civil a respeito da vedação da decisão surpresa, importante observar a normatização geral do Código a respeito dos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois essa legislação tem como objetivo alteração de toda a sistemática processual brasileira, de modo que não é possível a análise de poucos dispositivos de maneira isolada, sob pena de, neste contexto, serem extraídas conclusões precipitadas e eventualmente errôneas. Dito de outra forma: as normas do Código

de Processo civil devem ser observadas conjuntamente e sistematicamente entre si e com o sistema normativo.

O Código de Processo Civil de 2015, já em seu primeiro capítulo, denominado “Das normas fundamentais do processo civil”⁵⁴, elenca alguns dos princípios que norteiam o direito processual civil brasileiro, rol este que, claramente, não é exaustivo.

Trata-se de questão de fácil constatação, especialmente porque o Código não elenca todos os princípios processuais constantes na Constituição Federal.

Aliás, o Código de Processo Civil fez questão de referir, em seu artigo 1º⁵⁵, que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”.

Embora este artigo tenha gerado algumas críticas, assim como muito se disse em relação à repetição dos princípios já expressos na Constituição Federal, entende-se como pertinente este reforço de aplicação de tais princípios e normas, o que não vem em prejuízo ao Código ou ao Direito Processual Civil, pelo contrário, demonstra a adequação do Código de Processo Civil à ordem constitucional estabelecida em 1988.

A este respeito, Wambier *et al*⁵⁶ argumenta que os princípios elencados neste capítulo “devem imprimir direção ao movimento interpretativo de todas as regras do Código, para que se chegue a resultados condizentes com esta estrutura principiológica fundamental”.

Afora esta alteração no que tange à exposição da necessidade de interpretação das regras do código com base na Constituição Federal, bem como além da expressão da proibição da decisão surpresa, que será analisada em momento oportuno, o Código traz outros elementos que indicam um movimento de alteração quanto aos princípios do contraditório e da ampla defesa, dos quais serão citados a seguir alguns exemplos.

Constata-se, que o art. 7º⁵⁷ assegura às partes os meios de defesa, e determina ao juiz o dever de zelar pelo efetivo contraditório, cujo significado já foi apreciado neste livro.

Também a título exemplificativo, o artigo 26, inciso I⁵⁸ sustenta a necessidade de que a cooperação internacional observe o respeito das garantias do devido processo legal no

⁵⁴ BRASIL. Lei 13.105 de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 08 jun. 2020.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et. al. **Primeiros Comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 56.

⁵⁷ BRASIL. Lei 13.105 de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 08 jun. 2020.

⁵⁸ Ibidem.

Estado requerente, bem como o artigo 36⁵⁹ reitera a necessidade de respeito das garantias do devido processo legal, desta vez quanto ao procedimento de cartas rogatórias.

O Código de Processo Civil dispôs ainda, em seu artigo 1.023, § 2^o⁶⁰, a necessidade de intimação da parte contrária no caso de se vislumbrar a possibilidade de concessão de efeitos infringentes nos embargos de declaração, situação esta que já era entendida por parte da jurisprudência mesmo antes da vigência do Código.

Ainda, o muito discutido § 1^o do artigo 489 do Código de Processo Civil⁶¹ aponta, minuciosamente, hipóteses em que a decisão do judicial não se considera devidamente fundamentada, indicando as seguintes situações:

Art. 489 [...]

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

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

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

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

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

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

Quanto ao tema, Grinover⁶² já argumentava, ao analisar o conteúdo da garantia do contraditório na Constituição Federal de 1988, em relação à motivação das decisões, que:

[...] entre as justificativas políticas do dever de motivar, insere-se inquestionavelmente o direito das partes de serem ouvidas e verem apreciadas as questões suscitadas, as provas e as razões utilizadas. O que representa desdobramento das garantias do direito de ação e de defesa e do contraditório, satisfeitas agora pelo direito à avaliação dos argumentos e provas carreados aos autos.

De plano, é perceptível que tais disposições do Código de Processo Civil visam a garantia do princípio da fundamentação das decisões, previsto no artigo 93, IX da

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ BRASIL. Lei 13.105 de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 08 jun. 2020.

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1990, p. 34-35.

Constituição Federal. Todavia, analisando cada um dos incisos apontados, denota-se também que há a busca pelo respeito dos princípios do contraditório e da ampla defesa, em especial quanto aos incisos I a V, que significam, na prática, o direito da parte em ver seus argumentos analisados pelo juízo.

Na mesma linha de respeito ao contraditório, assume destaque a previsão do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 133 e seguintes do Código de Processo Civil⁶³, que significa a possibilidade de trazer o contraditório da pessoa jurídica (ou do sócio, no caso de desconsideração inversa) que tem seu bem penhorado para o processo de conhecimento, eis que antes, via de regra, tal parte somente se manifestaria quando dos embargos de terceiro, após a penhora de bens.

Este dispositivo é significado não só de respeito ao contraditório prévio e efetivo, mas também traduz respeito aos pressupostos da celeridade, eficiência e aproveitamento dos atos processuais.

Somente com base nestas disposições, expostas meramente a título exemplificativo, razão pela qual vale ressaltar a existência de diversas outras, é possível verificar que o Código de Processo Civil visa, como um todo, garantir em todos os momentos processuais os princípios processuais constitucionais, incluindo o contraditório e a ampla defesa efetivos.

É com este entendimento, já exposto ao início do Código, que se deve efetuar a análise dos atos processuais previstos, pois como já apontado, se analisados os elementos e previsões codificadas de maneira isolada e não sistemática, corre-se o risco de incorrer em erro ao se adotar uma interpretação inidônea. O operador do direito, ao se deparar com o Código de Processo Civil, deve, em parte, abandonar a ideia da lei processual civil anterior, permitindo, assim, compreender de maneira adequada os fins a que a legislação vigente se propõe.

2.2 DECISÃO SURPRESA NO CONTEXTO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O nome utilizado pela doutrina e jurisprudência, *decisão surpresa*, não poderia ser mais autoexplicativo. Trata-se de decisão que toma as partes, ou alguma delas, de surpresa, ao

⁶³ BRASIL. **Lei 13.105 de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 08 jun. 2020.

utilizar como fundamento argumentos que até então não haviam sido debatidos no processo, ou, mais grave: que foram alegados no processo mas que não chegaram ao seu conhecimento.

Nery Junior⁶⁴ esclarece, quanto ao significado e aplicação da vedação à decisão surpresa que:

[...] a parte não pode ser surpreendida por decisão fundada em fatos e circunstâncias a respeito das quais não tenha tomado conhecimento (*Überraschungsentscheidung*), vale dizer, fatos que não esclareçam o porquê da decisão. Decorre diretamente da cláusula do *devido processo*, que integra o princípio do *due process of law* (CF 5.º LIV), e do princípio do contraditório (CF 5.º LV), a proteção das partes contra a *decisão surpresa*.

Diante do princípio constitucional do contraditório, cabe ao juiz, sendo ele sujeito ativo do processo, ouvir – ou possibilitar a manifestação – das partes a respeito dos fundamentos de sua decisão, ainda que se esteja diante de questões passíveis de decisão de ofício. A este respeito, Nery Junior descreve que:

[...] o juiz, como sujeito do processo, *terceiro imparcial*, equidistante das partes, deve exercer seu mister respeitando o direito das partes ao contraditório, a fim de que não sejam surpreendidas com decisões inesperadas, fundadas em premissas que não puderam, previamente, conhecer para tomar as medidas e precauções adequadas para o caso.

Comparações possíveis de serem feitas são aquelas em relação ao princípio dispositivo, que limita ao juízo julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelos litigantes, bem como a proibição de prolação de sentença *ultra e extra petita*, ou seja, em apertada síntese, aquelas em que o juiz julga respectivamente, além do pedido do autor ou, ainda, provimento jurisdicional não requerido pela parte.

Se é vedado ao juízo julgar além ou diferentemente do pedido da parte autora, isso quer dizer que aquilo que pode ser julgado é o que foi proposto, garantindo assim estabilidade e segurança jurídica. Do mesmo modo, com base nesta mesma segurança e estabilidade também se espera que os fundamentos jurídicos, ainda que não trazidos pelas partes (por exemplo nos casos em que cabe decisão de ofício, questões de ordem pública), sejam objeto de possibilidade de manifestação destas, em um debate às claras, e não obscuro.

Quanto às questões de ordem pública Nery Junior⁶⁵ afirma, na determinação de ouvida prévia das partes, ser irrelevante a questão ser de ordem pública ou não, mas que tal

⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal** [livro eletrônico]: processo civil, penal e administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, cap. III, item 24.3, p. 2.

fato “poderia conduzir o interprete à falsa impressão de que, por isso, a rigor, não seria necessária essa providência acautelatória por parte do juiz”. Essa situação, segundo o autor, evitaria a nulidade por fundamento de ausência de provocação, mas geraria nulidade por cerceamento de defesa, desobediência ao contraditório.

Isso, sem dúvida, evita decisões incorretas, pois ao abrir a possibilidade de manifestação da parte o juízo poderá tomar conhecimento de situações que indiquem a necessidade de não aplicação de determinado entendimento. Caso contrário, há evidente dispêndio de atos jurisdicionais desnecessários, como os recursos, embargos de declaração e a própria decisão equivocada, os quais seriam evitados se disponibilizada a oportunidade de manifestação prévia.

Conforme ensinamento de Nery Junior⁶⁶, o respeito ao contraditório no patamar da vedação da decisão surpresa tem relação, também, com a boa-fé, transparência e imparcialidade com que devem agir os poderes públicos.

Salta aos olhos, também, sua identificação com a boa técnica processual e instrumentalidade do processo, que, conforme ensina Dinamarco⁶⁷, caracteriza-se “pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito, quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema)”.

Sobre a efetividade do processo, Barbosa Moreira⁶⁸ deixa claro que o processo somente será efetivo quando alcançar o fim para o qual foi proposto, papel instrumental quando se relaciona com o direito substantivo.

Na realidade, se o juízo corre riscos de proferir decisões inadequadas ao não ouvir as partes sobre determinado ponto que fará parte de sua decisão, coloca em risco também a efetividade e instrumentalidade do processo, pois utiliza de técnicas processuais não-adequadas.

O contraditório efetivo, como já visto, passa não somente pela comunicação dos atos decisórios ao réu, mas, também, pela prévia oportunidade de manifestação a respeito dos fundamentos jurídicos que embasam a decisão.

⁶⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal** [livro eletrônico]: processo civil, penal e administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, cap. III, item 24.3, p. 4.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 319.

⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Coisa Julgada, Causas de Pedir Não Totalmente Coincidentes*. Preliminar Infundada. **Direito Aplicado I – Acórdãos e Votos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 1.

Para que o contraditório e a ampla defesa ocorram de forma adequada, o processo deve correr sem espaventos ou sobressaltos, ou seja, de maneira estável, sendo isso reflexo e talvez ponto central do contraditório.

Observando o direito comparado, na Alemanha, a proibição da decisão fundada em circunstâncias e fatos a respeito dos quais a parte não tenha tomado conhecimento já possui previsão legal desde 1976, conforme explica Nery Junior⁶⁹:

Na Alemanha a proibição da *Überraschungssentscheidung* foi instituída formalmente no direito positivo pela *Vereinfachungsnovelle*, de 1976, pela redação da ZPO 278, III. O instituto vem sendo aperfeiçoado e está regulado, hoje, na ZPO 139, 2, com a redação dada pela reforma de 2001.

A mudança do texto anterior da ex-ZPO § 278, III, para o atual, da vigente ZPO § 139, 2, é significativa. No texto anterior eram objeto da proteção apenas as situações jurídicas, ao passo que na redação atual qualquer situação, de fato ou de direito, é alcançada pela proteção contra decisão-surpresa. Outra alteração é relativa à obrigatoriedade de o tribunal fazer a advertência às partes, comunicando-as sobre a possibilidade de haver questões que podem ter passado sem a percepção dos litigantes ou que, de ofício, podem ser decididas pelo juiz. Esse dever de advertência não constava da redação revogada, embora tenha sido sempre considerada, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, como necessária. O dever de advertência atribuído ao juiz tem sido considerado pela doutrina como o núcleo central do princípio constitucional do contraditório.

Segundo Dos Santos⁷⁰, a regra de vedação de prolação de decisão surpresa já é assegurada na Alemanha como decorrência do direito fundamental do contraditório, conforme art. 103, 1º, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

No mesmo sentido, segundo Nery Junior⁷¹, é o tratamento no Direito Processual Civil da França, cujo Código Processual Civil proíbe ao juiz fundar decisões examináveis de ofício sem intimar as partes para apresentação de observações, o que inclui questões de direito e de fato; bem como em Portugal, após reforma em seu Código de Processo Civil.

Se é garantido às partes o direito de se manifestar sobre as alegações da parte contrária, porque não lhe seria garantido o direito de tratar, antes da decisão do juízo, de outras questões que forem objeto de decisão? Ora, se forem trazidos à baila novos argumentos e principalmente questões até então não suscitadas e capazes de fundamentar o entendimento, nada mais justo que se oportunize à parte se manifestar sobre o tema, inclusive para que possa eventualmente demonstrar a adequação ou inadequação do caso concreto ao entendimento ou

⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal** [livro eletrônico]: processo civil, penal e administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, cap. III, item 24.3, p. 6.

⁷⁰ SANTOS, Welder Queiroz dos. A vedação à prolação de “decisão surpresa” na Alemanha. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 240/2015, p. 425-435, fev. 2015.

⁷¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal** [livro eletrônico]: processo civil, penal e administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, cap. III, item 24.3, p. 7.

tese. Ao cabo, é possível inclusive a redução de interposição de recurso por eventual erro do julgador.

Nas palavras de Da Costa⁷² o princípio da ampla defesa “assegura a iniciativa e a participação do réu, em tudo que lhe toca, inclusive no que diz respeito às possíveis dificuldades que decorrerem da eventual existência de litisconsórcio ativo facultativo”.

Sendo assim, não restam dúvidas quanto ao fato de que o contraditório e a ampla defesa, do ponto de vista constitucional, já remetem à necessidade de que sejam eles efetivos, o que significa, dentre outras coisas, a necessidade de respeito à garantia de prévia manifestação das partes sobre os fundamentos da decisão, especialmente quando tal decisão lhes puder causar prejuízo.

2.3 A PRÁXIS ANTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE O TEMA

A doutrina, com fundamento nos princípios do contraditório e da ampla defesa, já reconhecia o dever do juiz dar conhecimento prévio às partes sobre a existência de questões de ordem pública. Este é o entendimento de Nery Junior⁷³, em obra anterior ao Código de Processo Civil de 2015:

Tem-se reconhecido no poder-dever de o juiz dar conhecimento prévio às partes sobre a existência de questões de ordem pública, a respeito das quais poderá decidir *ex officio* – para que elas possam, querendo, tomar as medidas que entenderem adequadas -, não somente como decorrência da garantia do contraditório (proibição de decisão-surpresa), mas como limite à atividade do juiz no processo. Verificando o juiz que poderá decidir de ofício alguma questão do processo, deve propiciar às partes o conhecimento dessa situação, a fim de que os litigantes saibam da possibilidade de sobrevir decisão sobre aquelas questões, ainda que sejam de ordem pública, a cujo respeito o sistema permite que o juiz decida sem que a matéria tenha sido provocada pela parte.

No entanto, aqueles que trabalham no dia-a-dia forense têm conhecimento que, inúmeras vezes, este princípio não era respeitado, principalmente quando envolvendo

⁷² DA COSTA, José Augusto Galdino. **Princípios Gerais no Processo Civil**. Princípios Fundamentais e Princípios informativos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 38.

⁷³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal** [livro eletrônico]: processo civil, penal e administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, cap. III, item 24.3, p. 3.

questões passíveis de decisão de ofício, mas também, inclusive, em situações que não comportam matérias de ordem pública, onde talvez os prejuízos aos litigantes poderiam ser ainda maiores.

A existência comum destas decisões é constatável em simples pesquisa jurisprudencial, inclusive porque há um grande número de decisões desconstituindo sentenças por desrespeito ao contraditório, quando proferidas utilizando-se de argumento não debatido pelas partes.

Há, também, decisões do próprio Superior Tribunal de Justiça, anteriores ao Código de Processo Civil de 2015, que davam aval a decisões proferidas com fundamento diverso daqueles apresentados pelas partes, o que demonstra a pertinência da alteração legislativa efetuada por intermédio da lei processual mais recente.

Aqui, citam-se as decisões proferidas no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 674.850/SP, relatado pela Ministra Assusete Magalhães, e o Agravo Regimental no Recurso Especial 1565055/SC, relatado pelo Ministro Mauro Campbell Marques, sendo o primeiro fundamento para julgamento do segundo⁷⁴.

Ambos foram julgados em 2015, e referiram a inexistência de nulidade “por julgamento extra petita”, já que esta não seria avaliada com base na causa de pedir, definida como fatos e fundamentos jurídicos da demanda, mas no pedido. Sustentam que:

No Direito brasileiro, aplica-se a teoria da substanciação, segundo a qual apenas os fatos vinculam o julgador, que poderá atribuir-lhes a qualificação jurídica que entender adequada ao acolhimento ou à rejeição do pedido, como fruto dos brocardos *iura novit curia*, *da mihi factum dabo tibi ius* [...]

Neste caso, o que se observa é a ausência de consideração dos fundamentos do contraditório e da ampla defesa como motivadores da vedação de decisão surpresa, entendendo como adequado atribuir a qualificação jurídica que o juízo entender adequada ao acolhimento ou rejeição do pedido.

Por outro lado, em nível de Tribunais estaduais, embora existam decisões no mesmo sentido de não aplicação da vedação da decisão surpresa, cita-se, exemplificativamente, a

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1565055/SC. Relator MARQUES, Mauro Campbell Marques. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=mihi+factum%2C+dabo+tibi+ius&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=9>> Acesso em 15 mar. 2016.

notável decisão proferida no julgamento da Apelação Cível nº 70051242725⁷⁵ do ano de 2012, pela Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de relatoria da Desembargadora Judith dos Santos Mottecy, na qual houve a anulação da sentença de primeiro grau, que julgou procedente um pedido de reintegração de posse com base em fundamento que anteriormente não fora suscitado no processo. No próprio corpo do acórdão há citação de outras duas decisões do mesmo Tribunal de Justiça, no mesmo ano, anulando decisões pelo mesmo fundamento.

De qualquer forma, em linhas gerais, o que se constata é que as decisões do Poder Judiciário, em grande medida, não observavam a determinação de vedação da prolação de decisão surpresa.

2.4 A VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Conforme todo o embasamento teórico até o momento construído neste estudo, resta indubitável a afirmação de que atualmente a vida em sociedade deve garantir aos cidadãos, dentro do possível, a segurança, a não-surpresa e a estabilidade. A atuação do Poder Judiciário deve seguir este mote, e para tanto se estabelecem os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, que abrangem a vedação da decisão surpresa.

Não obstante, verifica-se que a interpretação concedida pelos operadores do direito no Brasil muitas vezes era contrária a isso, pois culturalmente criou-se a ideia de que a sentença é formulada pelo juízo, cabendo aos litigantes somente apresentar a situação fática.

Conforme leciona Nunes⁷⁶ - que inclusive demonstra em sua obra defender a ideia de proibição da decisão surpresa pelo menos treze anos antes do início da vigência do Código de 2015 – somente há pouco tempo esta ideia passou a ganhar melhores contornos no Brasil. Segundo ela “ essa concepção já arraigada em outros países, em face da percepção anterior da importância dos direitos fundamentais processuais no dimensionamento e aplicação do direito processual, somente começou a ganhar maior destaque e efetividade no discurso processual pátrio efetivamente de poucos anos para cá.”.

⁷⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso de Apelação n. 70051242725. Relatora: MOTTECY, Judith dos Santos. Acesso em 15 mar. 2016.

⁷⁶ NUNES, Dierle. **Novo CPC consagra concepção dinâmica do contraditório**. Out. 2013. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2013-out-08/dierle-nunes-cpc-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio>> Acesso em 10 mai 2016.

E, para resolver a questão, Código de 2015 foi oportuno, pois trouxe a regra expressamente vedando a prática de decisões fundadas em argumento desconhecido pela parte, assegurando, portanto, não só a bilateralidade dos atos procedimentais, mas a multilateralidade na construção do processo e da decisão, esta como expressão ínsita daquilo que foi discutido, debatido e provado nos autos.

A importância da existência destas disposições no Código de Processo Civil é evidente, pois conforme assegura Câmara⁷⁷, no Processo Civil brasileiro sempre existiu culturalmente a admissão da prolação de decisões fundamentadas em argumentos de direito não submetidos ao debate prévio, com base no brocardo *mihi factum, dabo tibi ius*, ou, dá-me os fatos que te darei o direito. Acreditava-se, afirma o doutrinador, que a incumbência as partes era apresentar os fatos ao juízo, que estabeleceria o direito aplicável.

Não é diferente a opinião de Wambier *et al.*⁷⁸, ao afirmarem que:

[...] o contraditório, em sua versão contemporânea, abrange a necessidade de que as partes sejam ouvidas mesmo quando o juiz pretende resolver a matéria sobre a qual pode se manifestar de ofício e também a necessidade de que a atividade das partes em contraditório seja levada em conta pelo juiz, ao decidir. Esta exigência, que revela uma outra faceta do princípio do contraditório, se manifesta, se manifesta de modo concreto no minucioso dispositivo, que traz o NCPC, acerca da motivação da sentença. Neste artigo, a nova lei deixa claro o dever do juiz, no sentido de apreciar os elementos trazidos pelas partes, tanto para acolhê-los, quanto para rejeitá-los [...]

Eis o que dispõem os artigos 9º e 10º do Código de Processo Civil de 2015⁷⁹:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. 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.

Na visão de Câmara⁸⁰, a decisão judicial necessita ser construída por meio do debate entre os sujeitos do processo, submetendo-se qualquer fundamento de decisão ao contraditório, oportunizando às partes a manifestação sobre todo possível fundamento,

⁷⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

⁷⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et. al. **Primeiros Comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 66.

⁷⁹ BRASIL. **Lei 13.105 de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 08 jun. 2020.

⁸⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

inclusive matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício, o que significa que são matérias que está o juiz autorizado a trazer para o debate, mas não decidir isoladamente, pois o modelo constitucional de processo determina que este seja coparticipativo e não centrado na pessoa do juiz, mas por todos os sujeitos do processo, estes igualmente importantes.

O contraditório somente como bilateralidade de audiência, contudo, não é suficiente. Há que se estabelecer ferramentas para que ocorra a efetiva participação das partes, tal como busca a legislação processual.

No entendimento de Wambier *et al*⁸¹, quando a lei menciona a prévia oitiva da parte deve se compreender como sendo “necessidade que se proporcione à parte a possibilidade de se manifestar”, o que não significa, adverte, o fato de não existirem preclusões, pois “há o interesse público em que o processo termine”, inclusive porque há o conhecimento prévio dos operadores do direito quanto às regras do processo.

É de se lembrar, por oportuno, que o artigo 6º do Código de Processo Civil⁸² determina o princípio da cooperação dos sujeitos do processo.

Deve, portanto, haver o prévio contraditório, de modo que, ainda que a questão seja de ordem pública, deverá o juiz intimar as partes para que se manifestem sobre a questão, sob pena de não poder se manifestar a respeito da questão.

A respeito do artigo 9º, Câmara⁸³ argumenta ser evidentemente legítimo decidir a favor da parte sem ouvi-la previamente, o que não caracteriza violação ao contraditório.

De fato, soaria desarrazoado exigir em determinados casos a intimação da parte para manifestar-se a respeito de fundamento que lhe é favorável, o que somente retardaria a apresentação da decisão.

Ao referir sobre o contraditório no Código de Processo Civil, comentando o artigo 10 do referido Código, Wambier *et al*.⁸⁴ elencam as regras que tornam este contraditório na nova lei como sendo mais “refinado”, cuja transcrição é extremamente oportuna:

- a) Não se decide contra alguém (salvo exceções expressamente previstas) sem que se lhe dê oportunidade de se manifestar.
- b) 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.

⁸¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et. al. **Primeiros Comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 66.

⁸² BRASIL. **Lei 13.105 de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 08 jun. 2020.

⁸³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

⁸⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et. al. **Primeiros Comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 67.

b.2) Este fundamento novo pode ser de fato ou de direito. Sabe-se que é difícil separar-se, completamente, questões fáticas das jurídicas, porque o direito ocorre justamente no encontro dos planos fático e normativo. Fatos, quando são juridicamente qualificados, já não são mais puros fatos. Normas, a seu turno, supõem quadros fáticos (de forma mais ou menos direta) a que se devem aplicar.

Certamente, este dispositivo se aplica a fundamentos sejam predominantemente fáticos, sejam predominantemente jurídicos, porque é só assim que a distinção entre fato e direito pode ser feita: em termos de predominância.

[...]

b.3) O juiz participa do contraditório fundamentando a sentença de acordo com o que consta do art. 489 do NCPC. Ou seja: o contraditório que terá havido entre as partes tem de estar refletido na sentença. O juiz deve manifestar-se necessariamente sobre direito e fatos – argumentos jurídicos e provas produzidas: ou seja, sobre o contraditório havido entre as partes, em sua plenitude.

b.4) O contraditório institucional ou com a própria sociedade: por meio da fiura do *amicus curiae* ou pela realização de audiências públicas.

Este artigo trata da proibição das decisões surpresa ou de *terza via*, como dizem os italianos.

De qual quer sorte, estes dispositivos garantem que o resultado do processo não seja, de fato, uma surpresa aos litigantes, os quais fazem jus ao direito de debater toda questão que fundamente a decisão que definirá os rumos do bem juridicamente tutelado.

Como já visto, diante da necessidade de participação das partes no curso do processo esta espécie de entendimento não possui mais lugar no sistema jurídico-normativo vigente, que necessita, sem dúvida, da participação das partes para formação do processo e construção da decisão.

Neste contexto, Câmara⁸⁵ entende que o juiz solipsista, egoísta e que constrói a decisão judicial sozinho é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Neste, se exige a participação da sociedade, conforme estabelecido pela Constituição Federal, e somente assim é legítima e democrática a decisão judicial, não se admitindo decisões de terceira via.

Quanto a questões trazidas pelo Ministério Público na função de *custos legis*, acertadamente nomeado pelo Código de Processo civil como sendo fiscal da ordem jurídica, sustenta Nery Junior⁸⁶ ser aplicável o mesmo raciocínio das questões trazidas pela parte ou de ofício pelo juiz. Eis suas palavras:

O mesmo raciocínio vale para as manifestações do Ministério Público quando, atuando como *custos legis*, traz em seu parecer alguma questão nova, de fato ou de direito, a cujo respeito as partes não tiveram oportunidade de debater. Normalmente o MP fiscal da lei fala depois das partes [...] e sua manifestação antecede imediatamente a decisão do juiz. Ocorre que, mesmo quando a lei lhe garante manifestar-se depois das partes, se o MP trouxer alguma questão nova em seu parecer, nesse caso atua a garantia constitucional do contraditório e, para evitar-se

⁸⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

⁸⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal** [livro eletrônico]: processo civil, penal e administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, cap. III, item 24.3, p. 5.

decisão-surpresa, as partes têm o direito de, antes da sentença, serem ouvidas sobre a manifestação do Ministério Público.

Além disso, narram Wambier *et al*⁸⁷, o Código de Processo Civil também resolveu “o problema decorrente de se poderem conhecer nulidades absolutas em grau de recurso, sem que sobre estas se tenha convertido em 1º grau”, pois dentre os poderes do relator está o de estabelecer o contraditório antes de julgamento pelo Colegiado.

É o que dispõe o artigo 933 do Código de Processo Civil⁸⁸, nestes termos:

Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º Se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente.

§ 2º Se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no caput e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores.

Assim, com base nestes apontamento, denota-se que o legislador brasileiro buscou trazer expresso no Código de Processo Civil questão que deveria ser garantida como decorrência do contraditório e da ampla defesa efetivos, mas que não o eram.

Ainda neste enfoque, Medina⁸⁹ reconhece que deve o órgão jurisdicional ouvir as partes, ainda que em questões a respeito das quais o juiz deve se manifestar de ofício, a fim de evitar a decisão surpresa para a parte, o que não coaduna com o contraditório. Afirma que este entendimento é o único possível em um Estado Democrático de Direito, de modo que sequer seria necessário sua previsão expressa na lei processual.

Todavia, isso não afasta a efetividade da ação do legislador, que verificou a existência de um problema (o não atendimento ao princípio da vedação da decisão surpresa) e buscou corrigi-lo, por meio da inserção desta garantia no texto processual civil.

⁸⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et. al. Primeiros Comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 66.

⁸⁸ BRASIL. **Lei 13.105 de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 08 jun. 2020.

⁸⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado** [livro eletrônico]: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

2.5 MITIGAÇÃO DA PROIBIÇÃO DA DECISÃO SURPRESA – DESISÕES *INAUDITA ALTERA PARTE*

Estudado o princípio da vedação da decisão surpresa, sua vinculação com o contraditório e a ampla defesa, bem como o que significa a inserção deste, de forma ostensiva, no Código de Processo Civil, observa-se agora as possíveis hipóteses em que a determinação não se aplica.

Resta evidente que o não atendimento à ordem de proibição à decisão surpresa caracteriza, em regra, violação à lei e aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

No entanto, há casos em que a norma deve ser mitigada com o objetivo de atender a outros direitos e princípios no processo, tendo como base principalmente a instrumentalidade processual e a efetividade.

Neste sentido Gilmar Mendes⁹⁰ refere que a própria amplitude do princípio da ampla defesa possui possibilidade de mitigação, argumentando que o direito se submete a restrições quando há outros direitos fundamentais operando em sentidos diversos. Eis suas palavras:

Entretanto, é imperativo perceber que a amplitude do princípio da ampla defesa comporta mitigações, uma vez que o próprio direito se submete à restrições determinadas por outros direitos ou deveres fundamentais que operam, nos casos concretos, em sentidos opostos.

Com base neste raciocínio, se é possível a mitigação de determinados direitos - bem como da própria amplitude do princípio da ampla defesa - quando necessário para a consecução de determinados outros direitos, porque não seria possível que isso ocorresse com a vedação à prolação de decisão surpresa, que é decorrência da própria ampla defesa?

Sem dúvida, a casos em que a vedação da decisão surpresa não pode ser aplicada, pois isso significaria a violação de outros direitos que se sobrepõem a esta. Para tanto, há hipóteses em que o legislador formulou previsões no próprio Código de Processo Civil, e outras em que se cogita a sua não incidência

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso Direito Constitucional**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 637.

2.5.1 INAPLICABILIDADES LEGALMENTE PREVISTAS

O parágrafo único do artigo 9º do Código de Processo Civil⁹¹ dispõe como hipóteses de não aplicação do conteúdo do *caput* (vedação à decisão contra uma das partes sem oitiva prévia desta) nos casos de tutela provisória de urgência; nos casos de tutela de evidência dos incisos II e III do artigo 311, que são caracterizadas quando “II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” e quando “III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”, e no caso da decisão prevista no artigo 701, que é, no caso de direito evidente do autor, a expedição de “mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa”, no caso da ação monitória.

São, portanto, hipóteses excepcionais, embora não se trate de um rol exaustivo, conforme se verá no tópico seguinte.

No que diz respeito à exceção concernente à tutela provisória de urgência, Câmara⁹² esclarece ser esta legitimada pelo princípio constitucional do acesso à justiça, pois a urgência para obtenção da medida exige sua análise sem a oitiva da parte contrária, *inaudita altera parte*, pois caso se ouça previamente a parte contrária, a decisão pode perder sua efetividade. Esclarece que esta previsão decorre do princípio da proporcionalidade, sendo a exceção estabelecida para causar o menor prejuízo possível, razão pela qual a decisão é provisória e pode ser modificada a qualquer tempo. Destarte, há, segundo o autor, uma posterização do contraditório, e não sua supressão.

É a mesma opinião exposta por Wambier *et al*⁹³, os quais referem que:

[...] o contraditório pode ser postergado, se se tratar da concessão de tutela provisória de urgência; de tutela provisória de evidência concedida porque, além da evidência, as alegações de fato feitas pelo autor possam ser demonstradas apenas por documentos e haja tese firmada em julgamento de recursos repetitivos [...] ou em

⁹¹ BRASIL. Lei 13.105 de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 08 jun. 2020.

⁹² CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016

⁹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et. al. **Primeiros Comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 65.

súmula vinculante; ou se se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental, adequada ao contrato de depósito, caso em que a lei especifica o conteúdo da liminar: ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

A respeito destes outros casos, quanto à exceção nos casos de tutela de evidência dos incisos II e III do art. 311 do Código de Processo Civil, no caso do primeiro, refere-se a demanda repetitiva com tese firmada em precedente vinculante em favor da pretensão deduzida, cujas alegações fáticas são comprováveis pela prova documental acostada, e o segundo refere-se a demanda fundada em contrato de depósito, estando este comprovado documentalmente, possibilitando-se desde logo a determinação de entrega da coisa, sob pena de multa.

Câmara⁹⁴ afirma ser, em relação ao primeiro caso, uma técnica de aceleração do resultado do processo, de acordo com o princípio da duração razoável deste, tendo em vista que o juízo está vinculado à referida decisão. À parte contrária será possibilitado promover o *distinishing*, possibilidade de mostrar que o caso é diferente daquele que gerou o precedente, ou que é o caso de *overruling*, superação do precedente. Quanto à segunda hipótese, argumenta ser o caso em que o réu é apontado como depositário infiel, cuja devolução da coisa depositada é garantida pela legislação civil, sendo incongruente a legislação processual não prever este mecanismo.

Quanto ao caso de expedição de mandado monitorio (artigo 701 do Código de Processo Civil), Câmara⁹⁵ esclarece tratar-se de inversão de iniciativa do contraditório, pois este somente ocorrerá plenamente se o demandado oferecer embargos, sem os quais constituir-se-á o título executivo judicial.

Deste modo, estas são as situações em que o Código de Processo Civil prevê expressamente a desnecessidade de atendimento à prévia oportunização de manifestação da parte a respeito da decisão contra esta proferida.

Todavia, há outras situações em que se vislumbra a possibilidade de relativização da norma, especialmente em respeito a outros direitos que venham a eventualmente ser violados. A fundamentação de fundo, contudo, acaba por ser a mesma, consistente na opção pelo menor prejuízo quando há o confronto entre direitos, com base na proporcionalidade, em seu sentido amplo.

⁹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016

⁹⁵ *Ibidem*.

2.5.2 HIPÓTESES NÃO PREVISTAS EXPRESSAMENTE

Como já observado ao início deste tópico, há hipóteses em que ocorrerá o conflito de outros direitos com a garantia da vedação da decisão surpresa, casos em que, afora as previsões legais já citadas, poderá ocorrer sua não incidência. A doutrina não só prevê a possibilidade como apresenta hipóteses se sua ocorrência, assumindo destaque os casos em que a decisão favorece a parte que não se manifestou sobre determinado assunto.

A primeira delas, evidentemente, é no caso de decisão favorável à parte. Há que se deixar claro que não se está afirmando a hipótese de decisão que não trouxe prejuízo, pois há entendimento que o não atendimento devido processo legalmente previsto já é causa de prejuízo, mas, na realidade, de caso em que a parte é, evidentemente, beneficiada, conforme interpretação concedida ao artigo 9º do Código, antes mencionada.

De acordo com as ponderações de Da Costa⁹⁶, elaboradas quando da vigência do Código de Processo Civil anterior, no caso do juízo, de ofício, extinguir de plano o processo, com ou sem resolução de mérito, a ausência de citação ou o não comparecimento do réu não acarretariam em nulidade, com base na não essencialidade da citação ao processo, da sua indisponibilidade somente quando a decisão causar prejuízo ao réu, e porque a citação pode ser feita em outros momentos do processo. Conforme se observa das palavras do doutrinador:

A falta da citação do réu, ou o seu não-comparecimento espontâneo não implicarão na violação do **princípio da ampla defesa**, e, por consequência, em nulidade do processo ou ineficácia da sentença proferida, nas hipóteses em que, *ex officio*, ao despachar a petição inicial, o juiz puder extinguir de plano o processo, com a resolução ou não do mérito da causa [...]. A nosso ver, podem ser alinhados os seguintes argumentos em favor da tese da não-violação do princípio aludido: Em primeiro lugar, a citação não é mais **essencial** ao processo. Ela é **indispensável**, quando a decisão causar prejuízo ao réu. Em segundo lugar, a citação pode ser feita em outros momentos do processo (a chamada citação diferida) ou mesmo substituída pela comunicação do escrivão, conforme o caso [...]

Denota-se, em complementação a este entendimento, que a necessidade de intimação prévia da parte contrária para que se manifeste antes de decisão passível de prolação de ofício caracterizaria maior violação de outros princípios que regem o processo: efetividade, celeridade, eficiência e economia processual.

⁹⁶ DA COSTA, José Augusto Galdino. **Princípios Gerais no Processo Civil**. Princípios Fundamentais e Princípios informativos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 39.

Ao contrário de garantir o contraditório e a ampla defesa da parte, restaria por caracterizar maior demora em decisão que lhe seria favorável, até porque a ausência de menção a eventuais argumentos (fato que poderia vir em prejuízo da parte favorecida pela decisão) não é óbice para que estes argumentos constem em contra-arrazoado em eventual recurso, devendo assim serem apreciados pelo juízo *ad quem*. Da mesma forma, se houvesse algum prejuízo pela ausência de menção de argumento, tal situação pode ser devidamente atacada pelos embargos de declaração.

Aliás, a questão da discussão quanto à obrigatoriedade ou não de comparecimento do réu aos atos do processo ou da resposta deste já foi objeto de análise no item “1.5.3” do presente livro.

Seguramente, ainda, Câmara⁹⁷ refere a legitimidade para julgamento de improcedência do pedido de forma liminar, sem prévia citação (art. 332), pois se decidirá em favor do réu, mas sendo ouvido o autor, pois a decisão será contra este.

Por outro lado, no caso de incompetência, o Código de Processo Civil⁹⁸ determina a necessidade de manifestação da parte contrária (art. 64, § 2º), para posterior apreciação imediata da alegação de incompetência pelo juízo, e, assim como no Código de 1973, com a declaração de incompetência os autos devem ser remetidos ao juiz competente (§ 3º). Quanto a isso, não há discussão.

No entanto, discute-se quanto à aplicação da regra geral do artigo 10 do Código de Processo Civil a respeito da manifestação das partes quanto à incompetência, inclusive nos casos de incompetência absoluta, com declaração de ofício possível pelo juízo.

O que causa certa apreensão é a tentativa de identificar como se comportará a jurisprudência nos casos em que gritante a incompetência do juízo, mormente no que diz respeito a saber se haverá a necessidade de manifestação das partes a respeito disso antes da decisão do juízo (especialmente imaginando, ainda, um caso de decisão de tutela provisória de urgência ou evidência), dado os riscos que uma intimação da parte contrária quanto ao ajuizamento da ação pode causar, ou, ainda, a demora que pode ocorrer em casos de urgência.

A possível solução para este problema está talvez no princípio *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo), também tendo em vista que a parte autora, ao indicar o juízo da petição inicial em tese já manifestou sua opinião quanto à competência, e porque o

⁹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

⁹⁸ BRASIL. **Lei 13.105 de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 08 jun. 2020.

réu, numa hipotética situação de análise de tutela de urgência a ser analisada liminarmente, ainda não teria sido citado, não tendo sido portanto formada ainda a relação jurídica.

Sobre este tema, o enunciado número 4 aprovado por cerca de 500 magistrados no seminário “O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil”, promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados⁹⁹ dispôs que “Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015”.

Esta aprovação não caracteriza jurisprudência, mas de certa forma é um forte indicativo da interpretação que será dada a esta situação, pois, da forma como redigido o art. 10, sua incidência sobre a declaração de incompetência poderia trazer inúmeros prejuízos às partes, destinatárias do direito, não podendo se olvidar do princípio da instrumentalidade do processo. No entanto, ressalta-se que o comportamento das decisões judiciais a este respeito somente poderá ser analisado no decorrer do tempo.

⁹⁹ ENFAM. **Enunciados aprovados no Seminário – O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil.** Disponível em <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>> Acesso em 05 set. 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, resta evidente que o tema em questão é atual e relevante, pois embora já possuísse previsão na doutrina e em parte da jurisprudência, foi positivado no Brasil, de forma mais clara, apenas a partir do Código de Processo Civil do ano de 2015.

Não que antes disso não houvesse a necessidade da garantia da vedação da decisão surpresa às partes, muito pelo contrário. Ocorre que, existindo a previsão legal deixam de existir dúvidas quanto à necessidade de sua aplicação.

Sem embargo, no transcorrer deste livro, observou-se que o Processo Civil deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, que traz em seu bojo inúmeras normas de natureza processual, dentre as quais se destaca o princípio do devido processo legal, decorrendo deste o contraditório e a ampla defesa, os quais possuem eficácia plena e imediata.

Estes princípios são direitos fundamentais dos litigantes, que somente poderiam ser suprimidos se ocorresse uma ruptura da ordem jurídica.

Observa-se, daquilo que apresentado neste trabalho, que o devido processo legal possui contornos de proteção tanto no âmbito formal quanto material, respectivamente respeitando o direito de defesa e o direito à liberdade, sendo representações daquele a igualdade entre as partes, a garantia aos direitos de ação e de defesa, e ao contraditório, este efetivo.

Conforme entendimento da doutrina, possuindo ligação com a dignidade da pessoa humana, o contraditório e a ampla defesa receberam a status de direitos fundamentais, e que, portanto, não podem ser violados.

Observou-se que ampla defesa e contraditório, embora semelhantes, são direitos distintos e interagentes. A ampla defesa garante a existência de condições no processo, e o contraditório é o exercício da ampla defesa, com base no direito dos litigantes de participarem do andamento do processo, manifestando-se sobre todo o andamento do feito, incluindo as teses jurídicas arguidas pela parte contrária.

Pode-se afirmar que o contraditório possui maior relação com o dever de informação às partes a respeito de todo o andamento processual, enquanto a ampla defesa atine principalmente do direito da parte de apresentar sua defesa, e que esta seja considerada. Trata-se de um direito do sujeito do processo, que pode abrir mão de agir neste sentido, o que todavia certamente gera reflexos do ponto de vista material.

Há que se considerar que ambas as partes (autor e réu) devem ter garantido seu direito de defesa, ao contrário do que um pensamento superficial e intuitivo pode concluir, ao

apontar a defesa como sendo direito somente do réu, aquele que está sendo *atacado* no processo.

Verifica-se a existência de total ligação entre a vedação da prolação de decisão surpresa com o contraditório e a ampla defesa, mas que embora a doutrina e parte da jurisprudência já entendessem desta forma mesmo antes do Código de Processo Civil de 2015, via de regra a determinação não era respeitada, sendo até a vigência deste aceitável, na prática, a existência desta espécie de decisão.

Por isso, além de tornar expresso na legislação infraconstitucional aquilo que já se entendia como adequado, a previsão legal de vedação à decisão surpresa no Código de Processo Civil mostra evolução no que diz respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em relação ao anterior, pois não deixa margem para dúvidas no que diz respeito à sua incidência.

Por outro lado, não se vislumbraram prejuízos com a incidência do instituto no direito brasileiro, pois em casos que o direito em exame num caso concreto entrar em conflito com outros de maior relevância, poderá ser relativizado, com base na escolha do menor prejuízo.

No entender de Nery Junior¹⁰⁰, a vedação da prolação de decisão surpresa não retira do juiz a liberdade de decidir de acordo com o livre convencimento. Acrescenta-se que, pelo contrário: garante somente a existência de um debate prévio quanto ao fundamento das decisões, com participação das partes envolvidas na construção dessas.

É, portanto, também respeito à utilização da adequada técnica processual, e em decorrência disso também aos princípios da boa-fé, instrumentalidade, transparência, e efetividade do processo. Para Câmara¹⁰¹, as decisões judiciais que são construídas por todos sujeitos do processo, portanto de forma participativa, são constitucionalmente legítimas e portanto compatíveis com o Estado Democrático de Direito.

A decisão surpresa é, sem dúvida, um contrassenso aos movimentos de instrumentalidade do processo e cooperação processual, caracterizando também desrespeito aos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa.

Contudo, assim como se entende em relação a todos os demais avanços do Código de Processo Civil de 2015 em relação a seu antecessor, no caso da vedação da decisão surpresa

¹⁰⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal** [livro eletrônico]: processo civil, penal e administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁰¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

não basta a alteração legislativa. A mudança de comportamento dos operadores do direito deve ocorrer no dia-a-dia da prática forense, no meio acadêmico e com a atuação de todos os sujeitos do processo visando sempre a adequada técnica processual, sempre valorizada pelos grandes processualistas civis.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 3ª ed. revisada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa Julgada, Causas de Pedir Não Totalmente Coincidentes. Preliminar Infundada. **Direito Aplicado I – Acórdãos e Votos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BEDIN, Gilmar Antônio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. 3. ed.rev. e ampl. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

BESSO, Chiara. La mediazione italiana: definizioni e tipologie. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 6, n. 6, 2016. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/21574/15577>> Acesso em 25 mai. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRASIL. **Código de Processo Civil: Anteprojeto (2010)**. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 08 jun. 2020.

BRASIL. **Lei 5.869 de 1973**. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. **Lei 9.099 de 1995**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 08 jun. 2020.

BRASIL. **Lei 13.105 de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 08 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1565055/SC. Relator MARQUES, Mauro Campbell Marques. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=mihi+factum%2C+dabo+tibi+ius&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=9>> Acesso em 15 mar. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

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

CHIOVENDA, Giuseppe. **Direito Processual Civil**. Volume I. Os conceitos fundamentais – a doutrina das ações. Traduzido Por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

DA COSTA, José Augusto Galdino. **Princípios Gerais no Processo Civil**. Princípios Fundamentais e Princípios informativos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 20.

DA SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 319.

ENFAM. Enunciados aprovados no Seminário – O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>> Acesso em 05 set. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1990.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso Direito Constitucional**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado** [livro eletrônico]: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 105.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal** [livro eletrônico]: processo civil, penal e administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NORONHA, Pedro Henrique Baiotto. A vedação da decisão surpresa como símbolo do contraditório e da ampla defesa no Código de Processo Civil. **Juris Plenum Ouro**. Juris Plenum Ouro, v. 59, 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso de Apelação n. 70051242725. Relatora: MOTTECY, Judith dos Santos. Acesso em 15 mar. 2016.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 50.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no Direito Processual Civil. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. vol. 5. São Paulo: Revista dos tribunais, out. 2011, p. 1027-1047.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et. al. **Primeiros Comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Pedro Henrique Baiotto Noronha é mestre em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social Pela Universidade de Cruz Alta - Unicruz, cuja dissertação foi relacionada ao Reconhecimento da Força Normativa Constitucional e a Concretização de Direitos Fundamentais. Especialista em Direito Processual Civil com capacitação para o Ensino no Magistério Superior pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela Universidade de Cruz Alta – Unicruz. É servidor do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul há mais de oito anos. Autor de artigos e textos jurídicos nas áreas de Direito Constitucional, Direito Processual, Direito Penal e Direito Civil.

Honrou-me o autor com o convite para prefaciá-lo seu livro, o que é uma honra e um desafio.

O autor aborda com profundidade o importante tema da proibição da decisão surpresa, versado especialmente nos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março de 2016.

Como bem destacou o autor, os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal “abrangem a vedação da decisão surpresa”, mas que “a interpretação concedida pelos operadores do direito no Brasil, muitas vezes era contrária a isto, pois culturalmente criou-se a ideia de que a sentença é formulada pelo juízo, cabendo aos litigantes somente apresentar a questão fática.”

Trata-se mais um dos tantos casos em que a norma constitucional somente passa a ser acolhida no País, depois que é editada lei ordinária, “esclarecendo” aos operadores do direito sobre o teor e efetiva extensão da normatividade constitucional.

A obra examina com extensão o histórico do não respeito desta faceta dos princípios constitucionais elencados e a importância da edição da norma que apresenta de maneira clara a proibição da decisão surpresa (o que ocorreu com a edição do CPC em vigor), bem como os adequados contornos fáticos e jurídicos da matéria e como eles devem ser inculcados na cultura jurídica nacional.

Como se sabe, a doutrina é instrumento para explicitar e, especialmente, para corrigir os modelos prescritos em vigor, e contribuir, desta forma, para o aperfeiçoamento da *praxis* jurídica do País.

Por possuir as qualidades apontadas, esta obra merece ser qualificada como doutrina. Doutrina que pode corrigir os arcaicos modelos existentes na cultura nacional. Doutrina que merece ser lida, apreendida e incorporada no mundo jurídico de nosso País.

Seja bem-vindo, Pedro Henrique Baiotto Noronha, ao quadro de doutrinadores de nosso País.

Ricardo Luiz da Costa Tjäder
Juiz de Direito Aposentado – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul;
Professor do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta.