
A GARANTIA DA NÃO-SURPRESA NO DIREITO ITALIANO E NO DIREITO BRASILEIRO

*THE GUARANTEE OF THE NON-SURPRISING DECISION IN
ITALIAN LAW AND IN BRAZILIAN LAW*

Sarah Rangel Veloso

Procuradora Federal

Pós-graduada em Direito Público pela PUC-Minas

Graduada em Direito pela UFMG

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Princípio do Contraditório e a Garantia da Não-Surpresa; 2 A Garantia da Não-Surpresa no *Codice di Procedura Civile* Italiano; 3 A Garantia da Não-Surpresa no Novo Código de Processo Civil Brasileiro; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo analisa a evolução sofrida pelo princípio do contraditório à luz do moderno processo civil e do Estado Democrático de Direito. Do conceito estático de bilateralidade da audiência e de paridade de armas, evoluiu-se para o conceito dinâmico, no qual a garantia de igualdade formal e de participação fictícia e aparente das partes mostra-se insuficiente. O princípio do contraditório dinâmico preocupa-se com a participação efetiva das partes, atribuindo-lhes capacidade de influenciar na decisão judicial. Nesse contexto, surge a garantia da não-surpresa, que impõe, ao juiz, o dever de ouvir as partes antes de decidir sobre questões de ordem pública, sejam elas de fato ou de direito. Essa garantia será estudada no ordenamento jurídico italiano e brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Princípio do Contraditório. Decisão-Surpresa. Sistemas Italiano e Brasileiro

ABSTRACT: This article analyzes the evolution of the right to be heard in light of the modern civil procedure and the Democratic State of Law. From the static concept of a bilateral relationship and the “equality of arms”, it has been progressed to the dynamic concept, in which the guarantee of the formal equality and the unreal participation of the interveners demonstrate not to be enough. The right to be heard, in its dynamic concept, worries about real participation of the interveners, giving them capacity to influence the exercise of the decisional power. In this context, there is the guarantee of the non-surprising decisions, which obligate the judge to hear the interveners before deciding about public order rules, *de facto or de jure*. This guarantee will be studied both in Italian and in Brazilian Systems, by this article.

KEYWORDS: Civil Procedure. Right to be Heard. Surprising Decision. Brazilian and Italian Systems.

INTRODUÇÃO

A mitologia grega conta-nos a história de um bandido de nome Proscuto, que vivia na serra de Elêusis. Esse bandido recebia os viajantes em sua casa e os acomodava em uma cama de ferro. Se o viajante fosse alto demais para a cama, ele cortava-lhe as pernas, de modo a ajustá-lo ao comprimento do leito. Se, caso contrário, o viajante fosse demasiado pequeno, Proscuto o esticava, para que o leito fosse totalmente ocupado. Entretanto, o bandido da mitologia grega mantinha, em segredo, duas camas, sendo que sempre havia uma que não se ajustava ao viajante, de modo a permitir-lhe cometer suas atrocidades com todos aqueles que passavam por sua casa. Suas maldades foram praticadas até que Teseu, seu último hóspede, percebendo as artimanhas de Proscuto, prendeu-o ao lado de sua própria cama de ferro, e lhe cortou a cabeça e os pés, matando-o com seu próprio veneno.

Essa história da mitologia grega pode ser utilizada como metáfora para simbolizar o solipsismo judicial, doutrina filosófica na qual a única realidade existente para o juiz é a sua própria realidade pessoal. No solipsismo, a figura do juiz confunde-se com a figura do próprio Direito, sendo que a aplicação das normas jurídicas ocorre conforme suas concepções pessoais. Isto implica dizer que o magistrado tenta sobrepor autoritariamente suas próprias medidas com base exclusivamente em sua realidade, assim como Proscuto tentava ajustar seus hóspedes às medidas de sua cama.

Para o magistrado que atua com base no solipsismo, a realidade do processo corresponde à sua preconcepção da verdade dos fatos, pouco importando os argumentos e as provas produzidas pelas partes no curso do processo. O contraditório aqui não passa de uma formalidade, pouco ou nada influenciando a decisão judicial.

Nesse sentido, o princípio do contraditório está sendo reinterpretado com base nos ditames democráticos, impondo vários deveres não só às partes, mas também aos juízes, de modo a coibir qualquer forma de solipsismo judicial, conforme tentaremos demonstrar neste estudo.

Diante desse contexto evolutivo do princípio do contraditório, exsurge a garantia da não-surpresa, que impõe ao juiz o dever de consultar as partes antes de conhecer, de ofício, qualquer questão, seja ela de fato ou de direito, ou de requalificar a controvérsia, não podendo inovar no processo sem antes abrir possibilidade às partes de influenciar sua decisão.

O ordenamento jurídico italiano prevê expressamente a proibição da sentença chamada de “terza via” introduzida pela minirreforma trazida pela Lei 69/2009, que incluiu o parágrafo 2.º ao art. 101 do Codice di Procedura Civile, impondo ao juiz a obrigação de realizar o contraditório sobre as questões por ele reconhecidas, de ofício, como fundamento de suas decisões.

Essa regra foi formalmente incluída no art. 101 do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. Entrementes, muitos serão os desafios enfrentados pelo Direito Processual Civil Brasileiro para a consolidação da proibição da não-surpresa na *praxis* jurisdicional.

Por meio do estudo do direito comparado, mais especificamente, do direito processual civil italiano, o presente trabalho tentará aclarar os limites dessa nova regra, trazendo à baila uma reflexão que poderá contribuir para seu fortalecimento em nosso ordenamento jurídico.

1 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A GARANTIA DA NÃO-SURPRESA

O princípio do contraditório ilumina todo o sistema processual. Mas nem sempre foi assim no ordenamento jurídico brasileiro. As Constituições de 1824, 1891 e 1934 não previam referido princípio. A Constituição de 1937 foi a primeira a prever o princípio do contraditório, em seu art. 122, §11. Entretanto, essa previsão limitava-se ao direito processual penal, tendo sido essa limitação repetida pelas Constituições de 1946 e 1967.

A Constituição Federal de 1988 previu o princípio do contraditório no inciso LV do art. 5.º, estendendo sua aplicação ao processo civil e ao processo administrativo: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Contradizer significa exprimir-se contrariamente, em sentido oposto. A interpretação literal do termo utilizado não condiz com a real amplitude do significado atribuído ao princípio do contraditório.

O princípio do contraditório estático é o direito de bilateralidade da audiência, a garantia de realização da obrigação de noticiar e de informar as partes, a fim de que as mesmas exteriorizem suas manifestações.

Entretanto, esse conceito estático, mostra-se insuficiente à luz do Estado Democrático de Direito e da moderna processualística. O respeito ao contraditório estático garante apenas uma igualdade formal entre os sujeitos do processo e uma participação fictícia e aparente. Deve-se interpretar o princípio do contraditório em seu sentido dinâmico. Segundo Comoglio, garantias em sentido dinâmico são:

[...] quegli strumenti giurisdizionale che siano specificamente previsti – avanti ad organi di giustizia costituzionale od Internazionale – per assicurare condizioni efetive di godimento a qualsiasi diritto ‘atribuito’ o ‘riconosciuto’ da quelle norme fondamentali.¹

1 COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionale e “giusto processo”* (modelli a confronto). Disponível em: <http://www.judicium.it/old_site/news/garanzie_gisuto_processo.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático no processo.

Há muito que a democracia não se refere tão-somente à sua forma representativa, estendendo seu conceito à democracia participativa e deliberativa. Nesse contexto, a decisão deve ser vista como objeto e resultado de um debate argumentativo pluralista. (CABRAL, 2005, p. 454).

O vigor democrático do princípio do contraditório eleva sua função de controle da jurisdição:

[...] a imperatividade proveniente da norma constitucional constringe o juiz a curvar-se diante dela, a respeitar seu conteúdo, a observá-la em atenção aos seus novos matizes, o que em última análise quer significar mais segurança jurídica, transparência e previsibilidade, garantia no sentido de que se encontra vedada a produção de decisões em desatenção à dialética processual.²

O princípio do contraditório baseia-se no pressuposto de que uma questão debatida é melhor decidida que uma questão não debatida. Logo, quando o juiz levanta qualquer questão, ainda que o faça de ofício, deve ele colocá-la para ser discutida por ambas as partes e, somente depois de analisar seus argumentos, decidir.

O princípio do contraditório pode ser analisado em duas dimensões.

A primeira delas é a dimensão formal, conteúdo mínimo do princípio do contraditório. Trata-se da possibilidade de a parte ser ouvida, de participar do processo.

A segunda dimensão é a substancial e trata-se do “poder de influência” (MARINONI, 2000, p. 258-259). Para sua concretização, não basta a abertura de possibilidade de manifestação da parte. É preciso, de fato, permitir que a mesma influencie na tomada de decisões do magistrado.

Segundo Mallet, o processo não é apenas forma de solução de conflitos. É forma intrínseca e ontologicamente bilateral de solução de conflitos, com garantia de participação das partes na formação do convencimento do julgador.³

Há, inclusive quem defina o processo a partir do contraditório, como é o caso de Fazzalari, que afirma só existir processo quando:

in una o più fasi dell'iter di formazione di um atto è contemplata la partecipazione non solo – ed ovviamente – del suo autore, ma anche

2 STRECK, Lenio; DELFINO, Lúcio (et al). *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Consultor Jurídico, 23.12.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

3 MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, jan./dez. p. 390, 2014.

dei destinatari dei suoi effetti, in contraddittorio”. [...] “dov’è assente il contraddittorio – cioè la possibilità, prevista dalla norma, che esso si realizzi – ivi non c’è processo.”⁴

Logo, se em um determinado processo, somente é dado às partes a possibilidade de falar no processo, sem que essa participação implique em reais condições de influenciar o juiz na prolação de seus atos decisórios, o princípio do contraditório resta violado. Para que o princípio do contraditório seja garantido, é preciso que a parte tenha condições de intervir no conteúdo da decisão. O exercício do poder do Estado não pode ser arbitrário e a sua legitimidade deriva do procedimento participativo.

Cabral (2005, p. 450) bem definiu a extensão do conceito:

[...] il contraddittorio assume attualmente limiti più estesi, vedendo ampliata la sua concezione, come si vedrà, nel senso di comportare il dovere di collaborazione dele parti e quello di uma partecipazione attiva del giudice al dibattito giudiziario. Inoltre, avendo come cornice la concezione di democrazia partecipativa e deliberativa, il principio del contraddittorio può essere definito come diritto d’influenzare l’esercizio del potere dello Stato.

Ainda segundo esse autor, a *ratio* do princípio do contraditório é permitir a possibilidade de reagir ou prevenir posições processuais desfavoráveis, gravitando no binômio informação-reação. Busca-se a simetria entre os sujeitos processuais, além de assegurar a possibilidade de efetivar diálogos e de exercer diversas formas de controle, reações e escolhas dentro do processo.

É importante ressaltar que o cânone constitucional do contraditório não elimina nem atenua o princípio *iura novit curia*. Remanesce o poder-dever do juiz de individualizar a norma aplicável à causa, sem estar vinculado à qualificação jurídica dada pelas partes. A garantia do contraditório incide no momento e no modo com que o exercício desse poder-dever deve acontecer.⁵

Na jurisprudência norte-americana, é pacífica a vinculação do contraditório à garantia do *due process of law*. Hans Smith adverte que “*the due process of law clauses of the Fifth and Fourteenth Amendments require that a defendant be given adequate notice of the institution of proceedings against him*”.⁶

4 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1983. p. 62-63.

5 COSTANTINO, Roberta. *Principio del contraddittorio e decisioni della “terza via”*. Disponível em: <<http://www.contabilita-pubblica.it/Archivio11/Dottrina/Costantino.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

6 SMITH, Hans. Constitutional guarantees in civil litigation in the United States of America. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (Org.) *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 449.

Como corolário do princípio do contraditório, há o princípio da cooperação. Segundo THEODORO JÚNIOR e al. (2015, p. 70), todos os sujeitos processuais devem atuar com responsabilidade, na construção dos pronunciamentos judiciais e em sua efetivação. Não há que se falar em relação de submissão entre os sujeitos processuais, mas sim de interdependência.

A interpretação moderna desse princípio não se trata mais da subserviência das partes perante o juiz, impondo às mesmas a obrigação de colaborar com o magistrado. Também aqui não se está a falar da visão romântica do processo, que parte do pressuposto de que as partes colaboram para que ao final do processo seja proferida a decisão mais correta para o caso concreto, ainda que contrária a seu interesse. Sabe-se que o ambiente processual é um ambiente propenso a comportamentos não cooperativos, permeado por uma animosidade latente. “Esta utópica solidariedade processual não existe (nem nunca existiu): as partes querem ganhar e o juiz quer dar vazão à sua pesada carga de trabalho.” (THEODORO JÚNIOR e al., 2015, p. 70).

O que temos hoje é a chamada teoria normativa da participação, uma releitura democrática do princípio da cooperação, que impõe a obrigatoriedade de abertura para a argumentação das partes, com garantia de possibilidade de exercerem influência sobre as decisões, proibição da surpresa e inibição de atos praticados de má-fé. Exige-se um comportamento das partes objetivamente vinculado à boa-fé:

A visão que o Estado Democrático oferta à jurisdição afastou-se completamente do padrão liberal e social, tornando os litigantes partes ativas do método judicial de composição de litígios. Não apenas se passou a conferir-lhes poder de influir efetivamente na construção do provimento final, como se impôs ao juiz o dever de levar em consideração a colaboração das partes no ato de julgar.⁷

Nesse sentido, o contraditório deixou de ser um diálogo apenas entre as partes, para abranger também os magistrados, uma vez que o CPC trouxe a proibição de o juiz julgar matéria que não fora posta em discussão pelas partes, ainda que se tratassem de matérias conhecíveis *ex officio*.

Portanto, a nova concepção democrática do princípio da participação impõe deveres não somente para as partes, mas também para o juiz. Cabe a ele cumprir o dever de esclarecimento; prevenir as partes do risco de frustração de seus pedidos pelo uso inadequado do processo (dever de prevenção); auxiliar as partes na superação de dificuldades que obstaculizem o exercício

7 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 92.

de seus direitos e faculdades (dever de auxílio) e, por fim, de consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, ainda que de ordem pública, assegurando a possibilidade de influência de suas manifestações na formação dos provimentos jurisdicionais (dever de consulta).

O principal fundamento da comparticipação é o contraditório como garantia de influência e não surpresa. (THEODORO JÚNIOR et al., 2015, p. 92)

A decisão do juiz baseada em elementos estranhos àqueles debatidos no curso do processo, sejam eles de fato ou de direito, ainda que se trate de matéria de ordem pública, é chamada pela doutrina e pelos tribunais, principalmente os europeus, de “decisão-surpresa”, “decisão solitária” ou, ainda, “sentença de terceira via”.⁸ Essa decisão, em virtude da atual concepção do contraditório, é considerada inadmissível.

Mesmo se tratando de matéria de ordem pública, a qual pode ser reconhecida pelo magistrado de ofício, ainda que exclusivamente de direito, impõe-se a observância do contraditório e da ampla defesa, com a exigência de prévia submissão da questão à manifestação das partes. Nesse sentido, Vittorio Denti: “*le questioni pregiudiziali rilevate d’ufficio non possono essere decise, se il giudice non le ha previamente sottoposte al contraddittorio delle parti. La violazione di questo dovere dà luogo a nullità della decisione*”.⁹

Significa que o princípio do contraditório não é integralmente satisfeito pelo mero dizer e contradizer das partes. É preciso que o que foi dito “gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia”.¹⁰

De Cristofaro pondera que:

Se impone así al juez no ignorar los alegatos de las partes, sino darles respuesta, por lo tanto el contradictorio exige que las decisiones no sean el fruto de una valoración ‘solitaria’ del juez sobre cuestiones que las partes no hayan tenido posibilidad de debatir. Y para ambos supuestos el instrumento que tiene el operador judicial para su control – y del respeto de los principios procesales – lo ofrece la motivación

8 GRADI, Marco. *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”* p. 826 e ss.

9 DENTI, Vittorio. *Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio*. Dall’azione al giudicato. Padova: CEDAM, 1983. p. 62-63.

10 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 103.

de la decisión, que se posiciona como instrumento indispensable para verificar el contradictorio.¹¹

A seguir, estudaremos mais detalhadamente a garantia da não-surpresa no direito italiano e no direito brasileiro.

2 A GARANTIA DA NÃO-SURPRESA NO CODICE DI PROCEDURA CIVILE ITALIANO

No Direito italiano, o princípio do contraditório está previsto no art. 111, § 2.^o¹² da Constituição. A garantia do contraditório é um princípio fundador do chamado “giusto processo”. Segundo Chiarloni: “Il processo é giusto nella misura in cui sai strutturato in modo da garantire nei limiti del possibile la giustizia del risultato”¹³. É evidente a correlação do princípio do contraditório e do direito de ampla defesa previsto no art. 24¹⁴ da Constituição Italiana, sendo que o primeiro é instrumento para a realização do segundo.

Colacionamos abaixo decisão da Corte Costituzionale que faz referência ao contraditório:

Il sistema processuale, posto che l'esigenza di soddisfare il contraddittorio attiene alla tutela di diritti fondamentali, modella il diritto di replica in funzione di tale esigenza, avendo presente non un contraddittorio astratto e puramente ipotetico ma quello che attraverso le deduzioni delle parti viene in concreto a delinearsi come correlativo allo specifico oggetto della controversia. (Corte Costituzionale, sent. n. 321/2007).

O *Codice di Procedura Civile* prevê, no art. 101, sob a rubrica de *Principio del contraddittorio*:

Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. Se ritiene di porre a fondamento della decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità,

11 DE CRISTOFARO, Marco. La motivación de las decisiones judiciales. *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*. 19.12.2014, Disponível em: <<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?Hash=b7dc26db3337e923381faf28a67cc3a4>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

12 “Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.”

13 CHIARLONI. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”. *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 569 ss.

14 “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.”

um termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione.

Esse dispositivo foi incorporado ao Código de Processo Civil Italiano pela minirreforma ocorrida em 18 de julho de 2009, albergada pela Lei 69/2009. Essa mesma regra já estava prevista no art. 183, §4.¹⁵, do CPC e no art. 384, §3¹⁶, do CPC, introduzido pela reforma de 2006. Mas ambos os dispositivos eram objeto de interpretação restritiva. O descumprimento, pelo juiz, da regra do primeiro dispositivo não gerava nenhuma consequência. Quanto ao segundo dispositivo, sua interpretação quedava-se circunscrita às questões de mérito decididas pela Corte de Cassação, com exclusão das questões passíveis de serem conhecidas, de ofício, pelo magistrado. Implicitamente, sustentava-se que uma determinada questão pudesse ser resolvida da mesma maneira, tanto quando fosse previamente discutida pelas partes em contraditório, tanto quando fosse solitariamente decidida pelo juiz.

Ora, esse entendimento vai em sentido totalmente oposto ao que prelecionam os arts. 24 e 111 da Constituição Italiana, ao proclamarem inviolável o direito de defesa e ao prescreverem que cada processo deve se desenvolver com o contraditório das partes.

Para Grasso, a obrigação do juiz de submeter à discussão das partes questões reveláveis de ofício, antes de proferir a decisão, possuía como fundamento o “principio della leale collaborazione fra le parti e il giudice”¹⁷, a fim de salvaguardar a correta e efetiva aplicação do contraditório.

Segundo Carnelutti, o princípio do contraditório possui como fundamento a igualdade entre as partes, igualdade esta que é violada quando o juiz aventa uma questão não submetida à luz do contraditório, assumindo a postura de defensor da parte que se beneficia da referida decisão.¹⁸ Comungando desse entendimento, Picardi afirma que: “Il contraddittorio in senso forte ha una funzione compensativa delle inegualianze che, per la natura delle cose, esistono fra le parti [...]; esso comporta che il processo assicuri reciprocità ed ugualianza [...].”¹⁹

15 “Nell’udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione.”

16 “Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d’ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione.”

17 GRASSO, E. La collaborazione nel processo civile. *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 607 ss.

18 CARNELUTTI, F. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

19 PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milão: Giuffrè, 2006. p.212.

Com relação às questões que podem ser levantadas de ofício pelo juiz, temos os fatos e as normas. Não é possível saber *ex ante* se a questão a ser reconhecida de ofício pelo juiz trata-se de questão de fato ou de direito. Portanto, o comportamento do juiz deve ser o seguinte: sinalizar a questão e ouvir a parte, ao final do qual poderá se saber se a questão pode ser qualificada de direito (porque as partes levantaram apenas questões de interpretação e aplicação da norma) ou de fato (porque as partes levantaram questões atinentes à existência de fato histórico relevante ou fatos impeditivos de direito).

Nesse caso, o art. 101, §2.º, CPC, prevê que o juiz deverá fixar um prazo para que a parte apresente “memoriais”. Se os argumentos da parte disserem respeito apenas a questões de direito, o juiz poderá manter a causa na fase decisória, e decidi-la levando em conta as ponderações da parte. Caso contrário, se os argumentos da parte disserem respeito a questões de fato, é necessário retornar à fase instrutória²⁰.

Comoglio (2006, p. 758) alerta que o juiz fica obrigado a “provocare preventivamente il contraddittorio pieno delle parti su ogni questione, di fatto o di diritto, avente incidenza decisória, che egli ritenga di rilevare d’ufficio, riservandosi poi di porla a fondamento della successiva sua pronuncia.”

Para Gradi, não se deve interpretar o art. 101 do CPC Italiano de maneira restritiva. Segundo o autor, é preciso conferir às partes a possibilidade de realizar, totalmente, sua própria defesa, no tocante às novas questões levantadas pelo magistrado. Nesse sentido, a norma inclui o direito de alegar fatos novos, de apresentar novos documentos, de requerer novos meios de prova, de modificar a demanda e exceções já formuladas, entre outras. Defende o autor que, ainda que o dispositivo previsto no art. 101, §2.º, CPC, refira-se apenas a memoriais sobre as questões postas de ofício pelo juiz, não se pode furtar as partes de praticar todas as atividades de defesa decorrentes daquelas alegações. Não há sentido em permitir que as partes reajam às questões levantadas pelo juiz, por meio de memoriais, sem, posteriormente, permitir o cumprimento dos atos necessários à comprovação das alegações deduzidas nesta peça processual. Somente assim pode-se dizer que o efetivo contraditório foi respeitado, pois, consentir uma defesa incompleta equivale, pelo menos em alguns casos, a não consentir defesa alguma.²¹

No direito italiano, atualmente, a sentença de “terza via” é considerada nula, consequência expressamente prevista no art. 101, §2.º, CPC. Segundo

20 LUISO, Francesco P. *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/83/Luiso,%20terza%20via.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

21 GRADI, Marco. *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”*, p. 834.

Luiso, “la nullità della sentenza costituisce lo strumento indispensabile per il raggiungimento dello scopo che il legislatore si è preferito.”²²

Entretanto, nem sempre foi assim. A doutrina dividia-se entre aqueles que entendiam ser a decisão-surpresa nula e aqueles que defendiam ser a declaração de nulidade da decisão-surpresa mera formalidade.²³

Segundo Luiso:

[...] se la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza recente già propendevano per la tesi della nullità della sentenza, il testo di riforma sembra avallarla in modo pieno ed incondizionato. La riconduzione dell’attività dell’indicare le questioni sotto l’egida del contraddittorio ha sottratto terreno al principio della collaborazione tra giudice e parti. La menzione espressa della nullità ha reso superfluo il ricorso alla categoria delle nullità ‘virtuali’ od ‘extraformali’ o all’argomento dello ‘scopo’ degli atti processual.²⁴

Por outro lado, Chiarloni, apesar de entender que o juiz possuía a obrigação de submeter as questões reconhecíveis de ofício ao debate pelas partes, defendia que seu descumprimento não gerava nulidade da decisão; tratava-se apenas de “ilícito deontológico”. Para o autor, reconhecer a nulidade da decisão-surpresa não passava de um caso de formalismo de garantias.²⁵

Posteriormente, Chiarloni alterou seu entendimento, no sentido de defender a declaração da nulidade da decisão de “terza via” em concreto, mas não por meio de uma análise em abstrato.²⁶ Isto é, a parte, ao alegar que teve seu direito de defesa violado, necessitaria comprovar que a violação ocorreu no caso concreto.

Durante algum tempo, a Corte de Cassação manteve-se contrária à nulidade da sentença-surpresa, entendendo irrelevante a falta do contraditório sobre questões tardiamente conhecidas de ofício. Argumentava-se o fato de o

22 LUISO, Francesco P., *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/83/Luiso,%20terza%20via.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

23 Nel primo senso, v., in particolare, F.P. Luiso, *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio*, cit., 1363 ss.; L.P. Comoglio, «Terza via» e processo «giusto», cit., 755 ss.; E. Fabiani, *Rilievo d’ufficio di «questioni» da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, cit., 3176 ss.; nel secondo, S. Chiarloni, *La sentenza della «terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, cit., 1363 ss.; E.F. Ricci, *La sentenza della «terza via» e il contraddittorio*, cit., 750 ss.

24 LUISO, Francesco P. *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/83/Luiso,%20terza%20via.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

25 CHIARLONI, S. *Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”*. *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 569 ss.

26 Id. *La sentenza “della terza via” in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?* *Giur. it.* 2002; 1363 ss.

art. 183, § 2.º (substituído pelo § 3.º e, posteriormente, pelo §4.º) trazer apenas uma faculdade ao juiz de submeter à discussão a questão conhecida *ex officio*.²⁷

Posteriormente, a sanção da nulidade passou a ser uma consequência abraçada pela Corte de Cassação italiana, em decisão à época considerada “rivoluzionaria” no sentido de considerar “nulla la sentenza che si fonda su una questione rilevata d’ufficio e non sottoposta dal giudice al contraddittorio delle parti”.²⁸ Nesta decisão a Corte declarou a nulidade da decisão impugnada na qual o juiz havia conhecido uma questão de nulidade ou inexistência de um ato administrativo sem submetê-la à discussão entre as partes.

Na mesma diretriz, coloca-se esta decisão da Corte de Cassação proferida em 2005:

La violazione del dovere di collaborazione, integrata dalla mancata segnalazione delle questioni che il giudice ritiene di sollevare d’ufficio, determina, nel caso in cui si tratti di questioni che aprono nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale, nullità della sentenza per avere violato il diritto di difesa delle parti (art. 24 Cost.), privandole dell’esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria. (Corte di Cassazione, Sez. III civ., Sentenza n. 16577, decisão de 05.08.2005).

Uma outra decisão da Corte de Cassação, também de 2005, afirma que a não submissão das questões reconhecíveis de ofício, ao contraditório das partes, conduz à violação do dever de colaboração do juiz com as partes, dever esse intrínseco a sua posição de terceiro na relação processual.²⁹

Os meios para a impugnação da sentença de “terza via” são o “appello”, caso a decisão seja uma “sentenza di primo grado” e o “ricorso in cassazione”, caso a decisão seja uma “sentenza di appello”.

A impugnação da sentença “a sorpresa” por meio de “apello” deve ser acompanhada dos atos processuais que a parte não teve oportunidade de praticar em primeiro grau³⁰. Seu acolhimento não implica em devolução do processo ao juízo de primeiro grau, mas no desenvolvimento dos atos processuais pretendidos, perante o segundo grau. A prática desses atos seria impedida, em

27 Cass., 10 agosto 1953, n. 2694, in Foro it. 1954, I, 1276 ss.

28 Cass., sez. I, 21 novembre 2001, n. 14637.

29 Cass., 31 ottobre 2005, n. 21108.

30 “Non può, infatti, essere pronunciata la nullità per inosservanza di atti del processo – si legge nella motivazione della richiamata pronunzia – se la nullità non è comminata dalla legge: una disposizione in tal senso manca nell’art. 183 cod. proc. civ. come sanzione dell’omessa indicazione alle parti delle questioni rilevabili di ufficio”. (Corte de Cassação, n. 15.705, 07/2005).

sede de segundo grau de jurisdição, pela preclusão prevista no art. 345³¹, CPC. Entretanto, o dispositivo excepciona esta regra caso a parte demonstre que não teve oportunidade de produzir referidos atos na primeira instância, de modo a se prestigiar o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Diante da Corte de Cassação, a possibilidade de se declarar a nulidade da sentença impugnada é um pouco limitada, considerando que diante desta Corte não é cabível instrução probatória. Se a impugnação trazer questão de fato, a Corte deve cassar a decisão e enviá-la ao juízo *a quo* para prolação de uma nova. Por outro lado, se a impugnação versar sobre questão de direito, a Corte de Cassação pode cassá-la e pronunciar decisão substitutiva.

Para Luiso existe mais uma diferença entre a alegação de nulidade em “appello” e em “ricorso in cassazione”. Em ambos os casos, a parte deve deduzir a nulidade, bem como apresentar os argumentos que teria apresentado caso o juiz tivesse obedecido a determinação de ouvi-la, ou seja, se tivesse sido aberto o contraditório. Entrementes, caso a questão posta seja de fato, no “appello” essa última atividade deve ser feita integralmente, qual seja, a parte deve produzir a prova da alegação aduzida, por meio de documentos, ou ainda, requerer a produção de provas. Lado outro, no “ricorso in cassazione”, a parte apenas apresenta suas alegações, devendo a atividade instrutória ser realizada perante o juízo *a quo*.³²

Na hipótese de a Corte de Cassação pronunciar decisão nula, em desobediência ao estabelecido no art. 101, CPC, é cabível a “revocazione”, prevista no art. 391-bis, CPC.

Se, de outra maneira, nenhuma das partes alega a nulidade do provimento jurisdicional proferido em descumprimento ao art. 101, CPC, isso revela a irrelevância da nulidade naquela hipótese.

No direito italiano impõe-se a exigência de se demonstrar efetivo prejuízo com a quebra do contraditório, “[...] che la nullità del procedimento possa riflettersi sulla sentenza, qualora la questione rilevata sia ininfluyente ai fini della decisione, oppure quando risulti che la mancata rilevazione della stessa avrebbe comunque condotto allamedesima decisione”.³³ Ou seja, o sucumbente deve demonstrar concretamente que teve seu direito de defesa violado, não sendo possível

31 “Nel giudizio d'appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono essere dichiarate inammissibili d'ufficio.

Possono tuttavia domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa. Non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio. Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio.”

32 LUIISO, Francesco P. *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/83/Luiso,%20terza%20via.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

33 GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. cit., p. 840.

apenas a alegação em abstrato. Ao alegar o vício de nulidade da decisão-surpresa, a parte deve especificar qual atividade de defesa ela fora impedida de realizar por conta do vício *in procedendo*. Isto implica dizer que, segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial italiano prevalente, não basta a alegação *in abstracto* de ofensa ao direito de defesa ou de prejuízo *in re ipsa*.

Caso contrário, o vício é sanável. Segundo Gradi, esta solução pode ser inferida do art. 156³⁴, CPC, que rechaça o formalismo inútil, e pelo art. 157, §2.³⁵, CPC. Conforme art. 159, §1.³⁶, CPC, a nulidade do procedimento não se reflete na sentença, quando a questão conhecida de ofício pelo juiz, sem observância do contraditório, não tenha influência sobre a decisão ou quando a ausência do conhecimento da questão, *ex officio*, culmine na mesma decisão. Por outro lado, o art. 159, §2.³⁷, CPC, preleciona que o vício que recair apenas sobre um capítulo da sentença não deve culminar em sua nulidade integral, segundo o princípio *utile per inutile non vitiatur*.³⁸

3 A GARANTIA DA NÃO-SURPRESA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A leitura do contraditório como garantia de influência já havia sido realizada em vários países europeus.

Na Alemanha, o art. 103, §1.º, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha que prevê a “pretensão de audiência jurídica” foi interpretado pelo Tribunal Constitucional Federal como uma proibição de o tribunal não decidir com base em fatos e provas que não haviam sido submetidos ao exame das partes. O juiz teria o dever de provocar o debate preventivo entre os demais sujeitos processuais.³⁹

Na França, o art. 16 do Nouveau Code de Procédure Civile prevê que:

Le juge doit, em toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. [...] Il ne peut fonder sa décision

34 “Non puo’ essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge. Puo’ tuttavia essere pronunciata quando l’atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo. La nullità non puo’ mai essere pronunciata, se l’atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato.”

35 Soltanto la parte nel cui interesse è stabilito un requisito puo’ opporre la nullità dell’atto per la mancanza del requisito stesso, ma deve farlo nella prima istanza o difesa successiva all’atto o alla notizia di esso.

36 “La nullità di un atto non importa quella degli atti precedenti, né di quelli successivi che ne sono indipendenti.”

37 “La nullità di una parte dell’atto non colpisce le altre parti che ne sono indipendenti.”

38 GRADI, Marco. *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”*. op. cit., p. 839.

39 WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco, *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, p. 734, jul./set. 2001.

sur les moyens de droit qu'il ' relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

Na Áustria, um dos pontos da reforma processual civil de 2002, foi a proibição da decisão-surpresa, no §182 a.

Também o Código de Processo Civil português de 2013, houve essa previsão no art. 3.3.⁴⁰

Mesmo antes da aprovação do novo CPC brasileiro, a doutrina especializada já havia definido a proibição da decisão-surpresa como um desdobramento da garantia do contraditório^{41 42} e da cláusula do devido processo legal.⁴³ Até mesmo a jurisprudência já havia sinalizado entendimento consoante a proibição da decisão-surpresa, ao determinar a oitiva do embargado, em caso de embargos de declaração com possíveis efeitos infringentes.⁴⁴

Com o novo CPC de 2015, essa proibição foi expressamente prevista pelo art. 10, *in verbis*:

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.⁴⁵

O novo CPC teve como premissa o princípio da cooperação para idealizar uma nova forma de cognição, permeada na ideia de que um debate bem construído pode culminar em decisões melhor elaboradas. Tem-se observado que decisões fundadas em debates densos provocam diminuição da duração do processo, por serem alvo de um número reduzido de recursos ou por reduzir a chance de seu acatamento.

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

41 BUENO, Cássio Scarpinella. *Projetos de novo código de processo civil comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 44.

42 "Embora os princípios processuais possam admitir exceções, o do contraditório é absoluto, e deve sempre ser observado, sob pena de nulidade do processo. A ele se submetem tanto as partes como o próprio juiz que haverá de respeitá-lo mesmo naquelas hipóteses em que procedem o exame e deliberação de ofício acerca de certas questões que envolvem matéria de ordem pública" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I, n. 24, p. 32).

43 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24.3, p. 225, 2010.

44 STF – 1.ª T., RE ED n. 144.981/R, Rel. Min. Celso de Mello, julg. Em 11.04.95 in DJU de 08.09.95, p. 28.362 e STF – 2.ª T., HC n. 74.735/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. Em 11.03.97 in DJU de 16.05.97, p. 19.951. No processo do trabalho, cf. OJ-SDI I n. 142, do Tribunal Superior do Trabalho.

45 Regra equivalente encontra-se no art. 101 do CPC italiano, conforme se verá mais adiante.

O órgão jurisdicional não pode decidir com base em um argumento não posto pelas partes no processo, sem antes submeter a questão à discussão das partes. Trata-se de exercício democrático e cooperativo do poder jurisdicional. Neste sentido, evita-se uma decisão-surpresa. Isso porque, conforme preleciona Cunha:

O Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas jurídicas.⁴⁶

Segundo THEODORO JÚNIOR e al. (2015, p. 101):

Os princípios constitucionalizados do processo exigirão do juiz que mostre de forma ostensiva como formou sua decisão: ele não pode decidir questões de ofício sem consulta prévia às partes; não pode citar leis/precedentes/súmulas sem mostrar como elas se aplicam ao caso; não pode fazer ‘ponderações’ de princípios sem igualmente mostrar sua pertinência às especificidades dos autos.

A decisão-surpresa é uma decisão nula por ferir frontalmente o princípio do contraditório.

O novo CPC trouxe, em vários de seus artigos, previsões de aplicação da proibição da decisão-surpresa.

O art. 772, II impõe o dever de o juiz advertir o executado que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça, antes de punilo por esse ato.⁴⁷

Outro exemplo é o art. 77, §§1.º e 2.º do CPC⁴⁸. Ele impõe a obrigação de o juiz advertir as partes ou terceiros, na ordem ou mandado para cumprimento

46 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 61.

47 “Art. 772. O juiz pode, em qualquer momento do processo:

[..]

II - advertir o executado de que seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça;

[..]”

48 “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

[..]

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

[..]”

da diligência, de que o comportamento recalcitrante poderá resultar na aplicação da multa. Caso não haja essa comunicação, a multa aplicada é inválida.

Neste sentido, também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 250.781/SP, rel. Min. José Delgado, DJ de 19.06.2000:

Processual Civil. Litigância de má-fé. Requisitos para sua configuração.

1. Para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17, do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF/1988, art. 5.º, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa.⁴⁹

Os arts. 7.^{o50} e 927⁵¹ também encampam a regra da proibição da não-surpresa.

Há casos, porém, de postergação do contraditório para momento posterior, sendo que alguns exemplos estão previstos no art. 9.º, do NCPC⁵²

Além das hipóteses de concessão de tutela provisória liminar de urgência, de tutela provisória liminar de evidência, e de decisão que determina a expedição de mandado monitório, na ação monitória, também é possível o adiamento do contraditório em decisão que autoriza a expedição de tutela antecipada possessória, prevista no art. 562 do CPC, assim como a tutela provisória no processo de despejo (art. 59, §1.º; Lei n. 8.245/1991), e a tutela provisória no mandado de segurança (art. 7.º, III, Lei n. 12.016/2009).

Nesses casos, o contraditório é postergado considerando a ponderação legislativa entre a efetividade da decisão, diante do perigo, e o contraditório. A prorrogação do contraditório é justificada pelo objetivo de se assegurar eficácia ao processo, quando há necessidade de uma decisão rápida e também pela potencial frustração da medida, caso a outra parte tome conhecimento da demanda.

49 O art. 17 do CPC de 1973 citado no julgado corresponde ao art. 80 do CPC.

50 “Art. 7.º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

51 “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]§ 1o Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.

52 “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.”

É importante frisar que essas hipóteses de concessão de tutelas liminares não são exceções ao princípio do contraditório, mas sim de emprego *a posteriori* do princípio, assegurando-se a possibilidade de defesa e oposição após o pronunciamento judicial.

Como já dito alhures, o ordenamento jurídico brasileiro também prevê a vedação à decisão-surpresa no processo administrativo, conforme previsão do art. 5.º, LV⁵³, da Constituição Federal de 1988.

No plano federal, a lei que disciplina o processo administrativo, Lei n.º 9.784/1999, prevê no art. 2.º, *caput*, a obediência ao princípio do contraditório, enquanto que seu parágrafo único, inciso XII⁵⁴, dispõe que o impulso oficial do processo não deve prejudicar a atuação dos interessados. O art. 3.º, inc. III, prevê ao administrado o direito de “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”. Observa-se que essa previsão nada mais é do que a possibilidade de o administrado influenciar a decisão administrativa.

A decisão-surpresa é eivada de vício processual insanável, devendo ser declarada nula, pouco importando se a norma aplicada de ofício pelo juiz está correta ou não. A questão aqui é a violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que não foi conferido às partes o direito de influenciar o mérito da decisão jurisdicional. O vício não decorre do resultado, mas sim do meio. Ainda que o resultado final alcançado pela sentença-surpresa seja o mesmo pretendido pela parte, a decisão é nula.

Existe na jurisprudência brasileira vários acórdãos interessantes sobre o tema. Colacionamos abaixo alguns deles:

A interpretação do diploma legal processual, sob a ótica da Constituição, impõe a observação dos ditames lá postos, de modo que, em uma perspectiva neo-processual, o princípio do contraditório não seja apenas formal, mas também substancial. E dessa configuração decorre a ideia de que as partes não podem ser surpreendidas por uma decisão do magistrado que aborde questão de fato ou de direito que não foi previamente submetida ao contraditório, como na espécie, no que respeita ao valor fixado para a carta de crédito. Agravo retido

53 “[...]”

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]”

54 “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]”

XII - impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

[...]”

desprovido. Apelação provida. Sentença desconstituída. (TJ – RS, 4.º Câm. Cív., Ap. Cív. N, 70039049531, Rel. José Luiz Reis de Azambuja, julg em 04.04.2012).

O princípio da ampla defesa, portanto, é de ser tomado como a possibilidade efetiva de as partes agirem em juízo de modo a se manifestarem, preventiva e tempestivamente, acerca de todas as questões, de fato ou de direito, preliminares ou prejudiciais, de rito ou mérito, que possa influir na decisão judicial, afastando-se, assim, o *Überraschungsentscheidung*, expressão que pode ser traduzida por *decisão de surpresa* ou como *decisão que surpreende* as partes, mediante a solução de uma “questão decisiva”, não prevista nem discutida.⁵⁵

Em 2004, a Supremo Tribunal Federal, em decisão inovadora no âmbito do processo administrativo, demonstrou o início da reverberação da proibição da decisão-surpresa:

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado “Anspruch auf rechtliches Gehör” (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht 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 [...].

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5.º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: [...] 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo. [...]

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtungspflicht), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas [...].”(Brasil, STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, MS 24.268/MG, 2004)

55 STJ – 6. T, Proc. HC n. 131.826-MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julg. em 17.03.2011 in DJe 04.04.2011.

A vício processual passível de nulidade deve ser alegado na primeira oportunidade que a parte possui para falar nos autos, sob pena de incidir a preclusão. Ademais, é preciso que a parte comprove o prejuízo sofrido pela violação do contraditório, considerando que não se admite postulação desprovida de interesse.

É importante mencionar que o vício de nulidade atinge as decisões proferidas em qualquer grau de jurisdição, uma vez que a observância do contraditório e da bilateralidade é obrigatória em todos os graus.

O pedido de anulação da decisão jurisdicional pode ser feito por meio do recurso cabível contra aquela decisão, ou por meio de embargos de declaração.

Por outro lado, no âmbito administrativo federal, a impugnação pode ocorrer por meio do recurso previsto no art. 56 da Lei n. 9.784.⁵⁶ Caso seja mantida a ilegalidade, é cabível mandado de segurança ou ação anulatória.

4 CONCLUSÃO

O conceito estático do princípio do contraditório, como sendo a mera garantia de bilateralidade das partes, ou seja, de igualdade formal entre os sujeitos processuais, tornou-se insuficiente no atual contexto democrático no qual se insere a processualística civil.

A interpretação do princípio do contraditório expandiu-se para impor ao juiz o dever de submeter à análise das partes qualquer questão de ordem pública, de fato ou de direito, por ele aventada pela primeira vez em um processo, garantindo, destarte, mais segurança jurídica, transparência e previsibilidade aos jurisdicionados. As partes passam a ter garantido o direito de efetivamente influenciar a decisão jurisdicional, de participar do processo de formação do convencimento do julgador.

Nesse contexto, a decisão-surpresa deve ser proibida do ordenamento jurídico, como sendo uma violação ao princípio do contraditório. Essa temática, malgrado ser uma constante na doutrina estrangeira a algum tempo, surge como novidade legislativa para nós, brasileiros, com a vigência do Novo Código de Processo Civil de 2015. O ordenamento jurídico italiano, desde 2009, prevê a proibição da sentença chamada de “terza via”.

Portanto, o estudo da proibição da decisão-surpresa no direito comparado italiano nos auxilia na árdua tarefa de concretizar a aplicação do princípio do contraditório pleno no direito brasileiro, aproveitando-se a experiência já adquirida na Itália.

⁵⁶ “Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.”

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017.

BRASIL, *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Projetos de novo código de processo civil comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista Di Diritto Processuale*, Milano: CEDAM, 2005, v. 2, n. 2, p. 449-464.

CARNELUTTI, Francesco, *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

CAVANI, Renzo. Contra as 'nulidades-surpresa': o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2013, n. 218, p. 65-80.

CHIARLONI, Sergio. La sentenza "della terza via". In: *Cassazione: um altro caso di formalismo delle garanzie?* Giur. it. 2002; 1363 ss.

_____. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie". In: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 569 ss.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionale e "giusto processo"* (modelli a confronto). Disponível em: <http://www.judicium.it/old_site/news/garanzie_gisuto_processo.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*. Disponível em: <[http://www.treccani.it/enciclopedia/questioni-rilevabili-d-ufficio-e-contraddittorio_\(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto\)/>](http://www.treccani.it/enciclopedia/questioni-rilevabili-d-ufficio-e-contraddittorio_(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto)/>). Acesso em: 14 jan. 2017.

_____. "Terza via" e processo "giusto". *Rivista di Diritto Processuale*, Milano: CEDAM, 2006. ,

COSTANTINO, Roberta. *Principio del contraddittorio e decisioni della "terza via"*. Disponível em: <<http://www.contabilita-pubblica.it/Archivio11/Dottrina/Costantino.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneira da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012.

DE CRISTOFARO, Marco. La motivación de las decisiones judiciales. *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*. 19.12.2014, Disponível em: <<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?Hash=b7dc26db3337e923381faf28a67cc3a4>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

DENTI, Vittorio. *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. Dall'azione al giudicato*. Padova: CEDAM, 1983.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*/Fredie Didier Jr., 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. V.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1983.

FRANÇA, *Code de Procédure Civile*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D01ADA4E54A4D4F2E88242AF9D91C200.tpdila09v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006149639&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20170115>. Acesso em: 15 jan. 2017.

GIORDANO, Andrea. *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*. Riflessioni sulle pronuncie ‘a sorpresa’ ala luce del nuovo art. 101 comma 2, cod. proc. civ. Disponível em: <<http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?co m=statics&option=index&cID=231>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità dela sentenza della “terza via”, *Rivista di Diritto Processuale*, Milão, ano LXV, n. 4, p. 826-848, jul a agosto 2010.

GRASSO, E. La collaborazione nel processo civile. *Rivista Diritto Processuale*, p. 607 ss, 1966.

ITÁLIA, *Codice di Procedura Civile*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

LUISO, Francesco P., *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*. Disponível em: <<http://www.judiciario.it/admin/saggi/83/Luiso,%20terza%20via.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

_____. Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza rivoluzionaria? Giustizia civile. *Rivista Mensile di Giurisprudenza*, v. LII, t. II, parte I, 2002.

MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, p. 389-414, jan./dez. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. n. 24.3.

PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milão: Giuffrè, 2006.

SMITH, Hans. Constitutional guarantees in civil litigation in the United States of America. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (Org.) *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Milano: Giuffrè, 1973.

STRECK, Lenio; DELFINO, Lúcio (*et al*). A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. *Consultor Jurídico*, 23.12.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I, n. 24.

WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco, *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, p. 734, jul./set. 2001.