

---

# CONTRADITÓRIO E VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

***CONTRADITORY AND SEAL OF THE SURPRISE DECISION  
IN THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE***

---

*Andrea Boari Caraciola*

*Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos*

*pelo Centro de Direitos Humanos – IGC da Faculdade de Direito de Coimbra*

*Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,*

*Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.*

*Professora adjunta de Direito Processual Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Contraditório e ampla defesa; 2 Expressões do contraditório; 3 Contraditório e proibição das “decisões surpresa”; 4 Repercussões do contraditório no novo Código de Processo Civil brasileiro; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O contraditório e a ampla defesa são assecuratórios de um processo democrático, na medida em que legitimam o ato de poder do Estado em virtude do diálogo estabelecido entre o juiz e as partes no decorrer da relação processual. A utilização pelo juiz, quando do julgamento da causa, de elementos estranhos ao que se discutiu no processo, resulta no que se convencionou denominar de “decisão-surpresa”, “decisão solitária” ou, ainda, “sentença de terceira via”, altamente reprovável e que, por violar o contraditório, contamina de nulidade a decisão maculada por esse vício. Elemento essencial ao processo enquanto manifestação do Estado de Direito e que se traduz numa garantia fundamental de Justiça, o contraditório legitima a participação no processo, bem como as decisões judiciais, constituindo uma das principais garantias do processo, sob pena de nulidade diante do prejuízo ao direito de defesa. O novo Código de Processo Civil brasileiro, além de expressamente assegurar o contraditório em inúmeras situações e dispositivos legais, adotou uma tríade processual: o contraditório, a cooperação e a bo-fé, proibindo que as partes sejam surpreendidas por decisões face às quais não puderam influir.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Civil. Contraditório. Proibição de Decisão Surpresa. Modelo Constitucional do Processo.

**SUMMARY:** The contradictory and ample defense are assecuratories of a democratic process, in that they legitimize the act of power of the State by virtue of the dialogue established between the judge and the parties during the procedural relation. The use by the judge, at the trial of the case, of elements extraneous to what was discussed in the case, results in what is known as a “surprise decision”, a “solitary decision” or a “sentenza di terza via”. Reprehensible and that, by violating the contradictory, it contaminates of nullity the decision tarnished by this vice. An element essential to the process as a manifestation of the rule of law and which is translated into a fundamental guarantee of justice, the adversary legitimizes participation in the process, as well as judicial decisions, constituting one of the main guarantees of the process, under penalty of nullity in the face of Right of defense. The new Brazilian Code of Civil Procedure, in addition to expressly ensuring the contradiction in numerous legal situations and provisions, has adopted a procedural triad: contradiction, cooperation and good faith, prohibiting parties from being surprised by decisions that they could not influence.

**KEYWORDS:** Civil Procedure. Contradictory. Prohibition of Surprise Decision. Constitutional Model of the Process.

## INTRODUÇÃO

Inova o legislador processual brasileiro ao introduzir uma “Parte Geral” no Código de Processo Civil brasileiro de 2015, parte esta destinada a orientar metodologicamente o estudo, a sistematização e a aplicação das normas processuais civis à luz do modelo constitucional do processo.

O artigo 1º. do novo diploma processual brasileiro determina que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

O Código acolhe a ideia de que o contraditório deve ser visto como uma garantia de *participação com influência e de não surpresa*. É nessa perspectiva que nos propomos a investigar o tema neste ensaio, tendo em vista um processo cooperativo, em que todos os seus atores trabalham juntos, ainda que com objetivos distintos, pois só assim é possível garantir a igualdade das partes no processo e a feição democrática da jurisdição.

### 1 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Elementos essenciais ao processo enquanto manifestação do Estado de Direito e que se traduzem numa garantia fundamental de Justiça, exsurgem o contraditório e a ampla defesa<sup>1</sup> como assecuratórios de um processo democrático, na medida em que legitimam o ato de poder do Estado em virtude do diálogo estabelecido entre o juiz e as partes no decorrer da relação processual. Assim, maculada de nulidade estará qualquer decisão, sem que às partes seja possibilitada manifestação acerca das questões objeto do litígio.<sup>2</sup>

1 Cumpre salientar que o Texto Maior, no dispositivo do inciso LV do artigo 5º., indica: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa.” Contempla dois princípios distintos, mas cuja imbricação é flagrante e inquestionável: “A consagração da ampla defesa e contraditório no mesmo dispositivo constitucional indica, de um lado, que o legislador constituinte os concebe como princípios distintos, de outro, que guardam entre si uma relação umbilical de interdependência que torna impossível, na dialética processual conceber um sem o outro.” SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.135. Inexiste contraditório sem defesa e, desta forma, inequívoca a relação de consequência, consoante preleção de Rui Portanova: “O princípio da ampla defesa é uma consequência do contraditório, mas tem características próprias. Além do direito de tomar conhecimento de todos os termos do processo (princípio do contraditório), a parte também tem o direito de alegar e provar o que alega e – tal com o direito de ação – tem o direito de não se defender. Optando pela defesa, o faz com plena liberdade.” PORTANOVA, *Princípios do processo civil*. Rio Grande do Sul: Livraria do advogado, 2001. p.125.

2 Neste sentido a preleção de José Roberto dos Santos Bedaque que, ao definir contraditório, estabelece a inequívoca pertinência do tema para com o Estado democrático de Direito: “Contraditório nada mais é do que o conjunto de atividades desenvolvidas pelos sujeitos do processo, reveladoras da existência do diálogo entre eles, visando à correta formação do provimento jurisdicional.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998. p.94. No mesmo sentido Nelson Nery Junior: “O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação

Necessário possibilitar às partes, no *iter* procedimental, o direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e o seu resultado, desenvolvendo a defesa das próprias razões antes da prolação da decisão, consoante a preleção de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>3</sup>:

O contraditório constitui, sem dúvida, elemento essencial ao fenômeno processual, especialmente pela imprescindível participação dos interessados no *iter* de formação do provimento destinado a interferir em sua esfera jurídica. Não se pode deixar de reconhecer, no entanto, que a intervenção dos interessados deve ser exercida mediante equitativa distribuição dos respectivos poderes, faculdades e deveres, de modo a haver efetiva correspondência e equivalência entre as posições contrapostas. Por outro lado, tal *estrutura*, necessariamente dialética, deve condizer com a dinâmica dialética do processo: a simetria, mútua implicação e substancial paridade das posições subjetivas traduz-se, para cada um dos participantes, na possibilidade de intervir de forma não episódica e, sobretudo, de exercer um conjunto de controles, reações e escolhas, bem como a necessidade de se submeter aos controles e reações alheias.

Decorre o contraditório do amplo direito de defesa, a conferir previsibilidade ao réu, o que se afigura indispensável a fim de que consiga avaliar o que de pior possa acontecer face ao acolhimento do pedido e para que possa se orientar e decidir acerca da sua atuação em juízo, o que inclui, até mesmo, a decisão de não se defender.

Enquanto expressão dialética do processo, o contraditório revela, a par do binômio informação-possibilidade *de reação*, o diálogo entre os sujeitos do processo para a formação do provimento jurisdicional. Nesse sentido, íntima a comunicação entre o contraditório e a ampla defesa, consoante preleção de Ada Pellegrini Grinover: “As garantias da defesa e do contraditório são intimamente ligadas, porque da defesa brota o contraditório e, pela informação que se dá pelo contraditório, faz-se possível a defesa.”<sup>4</sup> Sobre o tema também se manifesta José Roberto dos Santos Bedaque<sup>5</sup>:

---

com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório.” NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 5ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.128-130.

- 3 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, v. 73/1994, p. 7 – 14, jan./mar. 1994.
- 4 GRINOVER, Ada Pellegrini. “O sistema de nulidades processuais e a Constituição.” In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva (Coord.). *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993. p.162.
- 5 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda.” In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.19.

Ampla defesa é a garantia de participação conferida exclusivamente às partes da relação processual. Já o contraditório é fenômeno mais amplo, pois ele se refere também ao juiz, que deve, juntamente com os sujeitos parciais do processo, assumir postura ativa no desenvolvimento do processo, preocupando-se com seu resultado.

## 2 EXPRESSÕES DO CONTRADITÓRIO

Refletindo a dialética do processo e constituindo sua própria essência, o contraditório é dotado de conteúdo múltiplo, de sorte que se nos afigura relevante sublinhar as suas várias expressões, já que na atualidade, o contraditório já não mais pode ser decodificado tão somente como simples bilateralidade da instância, na qual apenas as partes são seus destinatários, reduzido o seu conteúdo ao binômio conhecimento-reação. Essa, a expressão do contraditório em sentido fraco<sup>6</sup>, na qual se exclui o juiz como um de seus destinatários e que se esgota no direito de uma parte conhecer as alegações feitas pela outra e se manifestar a esse respeito.

Destacamos assim, num primeiro plano da abordagem, a interação ação-possibilidade de reação, binômio este a traduzir o dever imposto ao juiz de informar a parte sobre tudo o que ocorre no processo, daquilo que é de seu conhecimento a respeito da causa e de todas as atividades da parte contrária, de maneira a ser efetivada a oportunidade para manifestação.

Em sentido diverso e contraposto destacamos o contraditório em sentido forte<sup>7</sup>, que não se esgota no binômio ação-reação, de sorte a ultrapassar essa visão estática do contraditório, para compreender, também, o direito de influência no desenvolvimento do processo e na formação da decisão judicial que será suportada pelas partes, exurgindo, daí, o contraditório como valor-fonte do processo, promovendo o exercício de uma democracia participativa e caracterizando-se como um instrumento adequado para a busca da verdade no processo.<sup>8</sup>

Como segunda expressão do contraditório forte, revelamos a utilização do debate em júízo como mecanismo assecuratório da Justiça da decisão, porquanto a lei, ao prever a participação dos sujeitos processuais na solução do conflito, tem em vista a justa composição da lide.

6 PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, p. 763-675. Padua: Cedam, jul./set. 1998.

7 PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, p. 680. Padua: Cedam, jul./set. 1998.

8 CAVANI, Renzo. Contra as "nulidades-surpresa": o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de Processo*, v. 218, 2013, p. 65-68, abr. 2013.

Surge o contraditório adstrito à ideia de colaboração estabelecida no processo entre as partes e o juiz, ou seja, por esse prisma de análise, emerge a necessidade de serem satisfeitas exigências de solidariedade e socialidade pelo processo, de sorte a atuar o magistrado na busca da igualdade substancial das partes quando estas não possuírem a mesma disponibilidade de meios de defesa.

A esse respeito Carlos Alberto Álvaro de Oliveira afirma que:

A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fáctica da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples 'objeto' de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões. A matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento de juiz, atuando assim como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição.<sup>9</sup>

Imanente ao modelo constitucional do processo, o contraditório não se restringe às partes, de sorte a englobar, também, a participação do juiz, destinatário da garantia que, desta forma, na condução do processo, tem o poder-dever de conferir e possibilitar-lhes tratamento racional e igualitário, evitando que as partes sejam surpreendidas com decisões inesperadas, a respeito de pontos sobre os quais não tenha havido prévio debate.

Fundamental esse entendimento para que se possa visualizar no princípio em comento o trinômio: informação necessária, reação possível e diálogo pertinente, sendo assegurado às partes o direito de influência no desenvolvimento do processo e na construção da decisão judicial a ser por elas suportada.

Verifica-se nesse contexto a superação da doutrina clássica reducionista do contraditório à mera garantia formal, traduzida no binômio informação-possibilidade de reação, sobrelevada na atualidade, a garantia em seu sentido substancial, de modo a ser afirmada a participação do juiz no diálogo estabelecido entre as partes, tendo em vista a formação de seu livre convencimento. É nessa perspectiva que deve ser entendida a previsão legal veiculada no *caput* do artigo

---

9 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. "Garantia do contraditório." In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.139.

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

O direito de participação, portanto, acompanha o desenvolvimento de todo *iter* procedimental e, é nessa perspectiva que se destaca a figura do juiz diretor do processo, figura esta desenhada a partir da superação dos opostos juiz-ditador, inerente ao processo inquisitivo e, do juiz-espectador, pertencente à supremacia do processo dispositivo que, no exercício da função jurisdicional, deve estar atento ao dever de imparcialidade de sorte a zelar e proporcionar a igualdade entre as partes em litígio.

Feitas estas breves considerações, podemos verificar que se faz assegurada, pelo contraditório, a possibilidade concedida aos litigantes de se pronunciarem e intervirem ativamente no processo, garantido, assim, o direito de atuarem de modo crítico e construtivo sobre seu resultado.

Imperioso destacar que o contraditório garante uma “tríplice ordem de situações subjetivas processuais”, situações estas que compreendem: a) o direito de receber informações adequadas e tempestivas sobre as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela parte contrária e pelo juiz, durante todo o processo; b) o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que seja relevante para o deslinde da causa; como de resto, também, c) o direito de pretender que o juiz leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, quando da prolação da decisão.<sup>10</sup>

Nesse contexto vale destacar o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento do Mandado de Segurança n.º 25.787-3/DF pelo Supremo Tribunal Federal<sup>11</sup>:

Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1*, 1969. T. V, p. 234). [...]. 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

10 THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 283.

11 Supremo Tribunal Federal, MS n.º 25787, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2006, DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLICAÇÃO 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-00032 EMENT VOL-02289-02 PP-00198 RTJ VOL-00205-03 PP-01160 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 217-254, trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes, destaques no original.

do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – *BverfGE* 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. *Einführung in das Staatsrecht*. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364). 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:

- 1) *direito de informação (Recht auf Information)*, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- 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;
- 3) *direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung)*, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (cf. PIEROTH; SCHLINK. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; GUSY. *Einführung in das Staatsrecht*. Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, nº 85-99).

Desta forma, ao proporcionar a ampla participação dos sujeitos processuais na confecção do provimento final, o contraditório legitima o ato estatal: a decisão judicial existe e é válida, eficaz e legítima, consentânea com as normas constitucionais e com os ideais democráticos.

### 3 CONTRADITÓRIO E A PROIBIÇÃO DAS “DECISÕES-SURPRESA”

A utilização pelo juiz, quando do julgamento da causa, de elementos estranhos ao que se debateu no processo, elementos estes de fato ou de direito, quer se trate de matéria de ordem pública ou não, resulta no que se convencionou denominar de “decisão-surpresa”, “decisão solitária” ou, ainda, “sentença de terceira via” (*sentenza di terza via*), altamente reprovável e que, por violar o contraditório, contamina de nulidade a decisão maculada por esse vício.

Segundo a ótica do Estado constitucional, impõe-se que toda decisão judicial seja precedida da efetiva oportunidade de que as partes possam sobre ela influir, ainda que se trate de matéria de ordem pública, sobre a qual se impõe o dever de conhecimento de ofício pelo juiz, tendo em vista



propiciar às partes apresentar elementos de informação que possibilitem ao juiz melhor conhecer o tema a ser decidido.

Nesse sentido a doutrina de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>12</sup>, mesmo antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil brasileiro que, em seu artigo 10 determina: “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”. Desta forma, o contraditório também surge adstrito à ideia de se evitar surpresas às partes por meio do reconhecimento de matérias que não tenham sido debatidas, sequer postas em juízo.

Nesse contexto destacamos ainda doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>13</sup>:

Não seria justo a uma parte não ter a oportunidade de se manifestar a respeito de alegações formuladas pela outra e, de repente, se ver prejudicada no processo por sua ‘provocada omissão’. O direito de ser informado está intimamente ligado ao direito de não ser pego de surpresa por alegações da parte contrária que anteriormente não eram conhecidas.

Não há a possibilidade de uma parte ser surpreendida, quicá prejudicada, em razão de elementos sobre os quais não tenha o magistrado proporcionado o prévio e devido debate em juízo.

Nessa esteira, em decorrência da garantia constitucional do contraditório, proíbe-se a chamada decisão surpresa, que se caracteriza como uma decisão lastreada em premissas que não tenham sido objeto de prévio debate entre as partes ou a respeito das quais não se tenha tomado prévio conhecimento no processo em que proferida.<sup>14</sup> Impõe-se ao juiz, sob essa perspectiva, sob pena de caracterização de uma sentença de “terza via”<sup>15</sup>, consoante doutrina italiana, o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, notadamente sobre aqueles que

12 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, n. 71/35. São Paulo: RT, jan. 1994, “mesmo a matéria que o juiz deva conhecer de ofício impõe-se pronunciada apenas com a prévia manifestação das partes, pena de infringência da garantia [do contraditório]. [...] Ainda aqui o diálogo pode ser proveitoso, porque o juiz ou o tribunal, mesmo por hipótese imparcial, muita vez não se apercebe ou não dispõe de informações ou elementos capazes de serem fornecidos apenas pelos participantes do contraditório”.

13 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Contraditório e matérias de ordem pública.” In: CALDEIRA, Adriano; FREIRA, Rodrigo da Cunha Lima. *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil*: estudos em homenagem ao ministro José Augusto Delgado. São Paulo: Podivm, 2007. p.101.

14 SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 136.

15 DENTI, Vittorio. Questioni rilevabile d’ufficio e contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2. p. 217-231. Padua: Cedam, abr./jun. 1968. Conferir ainda: GRADI, Marc. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 4. p. 826-848. Pádua: Cedam, jul./ago. 2010.

poderão ser objeto de decisão judicial, seja a requerimento da parte ou, até mesmo, de ofício.<sup>16</sup>

Nesse sentido a lição de André Pagani de Souza<sup>17</sup>:

[...] a decisão-surpresa é aquela cujos fundamentos não foram mencionados no processo ou a respeito dos quais não foi conferida a oportunidade de prévia manifestação. É uma decisão que surpreende a todos porque é pronunciada sem que ninguém – exceto o seu prolator – tenha tido oportunidade de tomar conhecimento prévio sobre seus fundamentos. Por outras palavras, trata-se de uma decisão sobre a qual não se oferece previamente a chance de conhecimento ou manifestação acerca de seus fundamentos.

Observa-se, pois, que pela garantia do contraditório não há como se conceber decisões judiciais que venham a surpreender às partes por consignarem matéria estranha à discussão, ao debate em juízo estabelecido, o que se faz em respeito à própria ideia de Justiça.

Assim sendo, reitere-se, na preservação da garantia constitucional, impõe-se a proibição de que as partes sejam surpreendidas, quando da prolação da sentença, com a inclusão de fatos novos, bem como com a concessão de tutela inadstrita aos limites do pedido.<sup>18</sup>

Relativamente aos fatos, impõe-se a vinculação do juiz aos elementos trazidos para a causa pelas partes, em observância à teoria da substanciação, o que nos faz afirmar que a sentença não pode julgar além ou fora do que tiver sido, na causa, pelas partes suscitado.

Ao magistrado é vedado, em observância à previsibilidade inerente ao direito de defesa, bem como em respeito ao contraditório, conhecer do que não tenha sido solicitado, apreciar questões que venham a extrapolar o quanto pelas partes tenha sido postulado, bem como considerar fatos que por elas não tenham sido deduzidos.

Diante de qualquer prova produzida e inserida nos autos, deve o magistrado, para atender à garantia constitucional e, nesse sentido, evitar surpresas, proporcionar ciência aos interessados para que, em querendo, possam exercer o contraditório.

Não se há de questionar o poder-dever conferido ao magistrado para reconhecer *ex officio* e, no curso do processo, as matérias de ordem pública, sejam elas de natureza material ou processual. O novo Código de Processo Civil brasileiro, no supramencionado artigo 10, superando qualquer questionamento

16 NERY JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 261.

17 SOUZA, André Pagani de. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 136 (destaque do autor).

18 CARACIOLA, Andrea Boari. *O princípio da congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: LTr, 2009. p. 75.

acerca da possibilidade (ou não) de o juiz conhecer de ofício tais matérias, exige expressamente a abertura do contraditório diante de tais temas, na esteira do que já ocorre em ordenamentos estrangeiros, tais como no ordenamento processual português, francês, alemão e italiano, por exemplo.

Trazemos primeiramente à colação a experiência materializada no ordenamento português, no artigo 3º, item 3, cuja redação é a seguinte: “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”.<sup>19</sup>

O direito francês também veicula comando nesse mesmo sentido no artigo 16, alínea 1ª, ao consignar que: “O juiz deve, em qualquer circunstância, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório”, que deve ser conjugada com sua alínea 3ª, segundo a qual “ele não pode fundamentar sua decisão em motivos, explicações e documentos propostos de ofício sem ter antes solicitado às partes que apresentassem suas defesas”.<sup>20</sup>

Por seu turno, o direito alemão, veicula, na segunda alínea do artigo 139, reformado em 2004, vedação às chamadas *sentenças com surpresa*, de sorte a conter dispositivo legal que permite ao juiz fundamentar sua decisão em ponto não discutido pelas partes, somente quando tiver provocado o debate, providência esta que também se aplica quando a decisão estiver fundamentada em entendimento de direito diverso do proposto pelas partes. Demais, a alínea terceira do mesmo dispositivo legal determina ao magistrado, ainda, dar ciência às partes dos pontos que poderão ser enfrentados *ex officio*.<sup>21</sup>

19 Sobre o ponto, acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, que situa corretamente a matéria: “O princípio do contraditório impõe que as partes no processo sejam previamente ouvidas sobre todas as questões relevantes a decidir, sob pena de as decisões emitidas poderem constituir uma decisão surpresa, com a qual não contavam razoavelmente, impedindo-as de, a seu tempo, alegarem o que tivessem por conveniente sobre a matéria” (1.ª Subsecção do CA, Processo 0961/05, j. 30.11.2005, rel. Rui Botelho). Conferir: MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão surpresa”. *Revista de Processo*, v. 233/2014, p. 43/64, jul. 2014.

20 Dispõe o atual art. 16 do Nouveau Code de Procédure Civile: “Le Juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction”. A atual redação determinou o retorno aos textos de 1971 e 1972, já que sua alínea 1.ª, que dispensava o Juiz de observar “le principe de la contradiction des débats lorsqu’il relève d’office un moyen de pur droit”, foi anulada por decisão do Conseil d’État, em 12.10.79. Revigorou-se antigo texto de 1971, que proibia o Juiz de fundar sua decisão “sur les moyens de droits autres que d’ordre public qu’il a relevés d’office ou sur les explications complémentaires qu’il a demandées, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”.

21 Consoante o § 139 da Zivilprozessordnung alemã: “(1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados em fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica da qual a parte não tenha, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de

O Código de Processo Civil italiano, mesmo antes da Reforma realizada em 18 de junho de 2009, já continha em seu artigo 183, parágrafo 4º, aplicável ao rito ordinário, a seguinte redação: “o juiz deve indicar às partes as questões que podem ser abordadas de ofício e sobre as quais reputa oportuna a discussão”, dispositivo legal este que expressamente consignava o dever imposto ao juiz de provocar o debate das questões cognoscíveis de ofício, mas não cominava nenhuma sanção ao seu descumprimento. Hoje, após a Reforma, o Código de Processo Civil italiano prevê em seu novo e atual artigo 101 que: “o juiz, salvo se a lei dispuser de forma diversa, não pode decidir qualquer questão se a parte contra a qual é proposta não tiver a oportunidade se sobre essa questão se manifestar”.<sup>22</sup>

Transposta a questão para o ordenamento pátrio, temos que a correta aplicação da norma legal veiculada no novo Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 10, no que toca ao reconhecimento de matérias de ordem pública, impõe, sim, a observância do contraditório, sob pena de caracterização das “nulidades-surpresa”, derivadas de um vício resultante de um exercício inválido do poder de decisão perpetrado pelo magistrado.

Destarte, ainda que não tenha deferido algo diverso do pedido e, ainda que o resultado final seja o que foi postulado, a “decisão-surpresa”, por violar as garantias do contraditório e do devido processo legal, permanece maculada de nulidade: o vício não decorre do resultado, mas do meio para alcançá-lo, incompatível com as garantias constitucionais conferidas aos litigantes.<sup>23</sup>

---

discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Contra o conteúdo dos autos, só é admitida prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder-lhe prazo para posterior esclarecimento por escrito”. Conferir: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 196.

22 Vale destacar o julgado da Corte de Cassação italiana, que examinou o problema da decisão-surpresa: “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, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie, sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria” (Corte di Cassazione, Sez. III civ., Sentenza n. 16577, decisão de 05.08.2005). Conferir: MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão surpresa”. *Revista de Processo*, v. 233, p. 43/64, jul. 2014.

23 MALLETT, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão surpresa”. *Revista de Processo*, v. 233, 2014. p. 43/64, jul. 2014.

#### 4 REPERCUSSÕES DO CONTRADITÓRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Dotado de conteúdo múltiplo, se nos afigura relevante desenhar, dentre as várias expressões do princípio do contraditório, aquelas que exsurtem com maior higidez positivadas no texto do novo Código de Processo Civil brasileiro.

Resta claro que o novo Código de Processo Civil brasileiro, além de expressamente assegurar o contraditório em inúmeras situações e dispositivos legais, adotou uma tríade processual: o contraditório, a cooperação e a boa-fé. Assim é que, consoante a feição do contraditório, surge ele influenciado pela cooperação, devendo se desenvolver numa atmosfera qualificada pela boa-fé.<sup>24</sup>

Ao inaugurar a “Parte Geral” do novo Código de Processo Civil brasileiro, o legislador insculpe no artigo 7º. a igualdade entre as partes, a paridade de tratamento e de armas, devendo o juiz zelar e velar pelo contraditório efetivo.<sup>25</sup>

Ainda sob a égide principiológica, exsurtem complementarmente as disposições contidas nos artigos 9º. e 10º.<sup>26</sup>, de modo a reforçar a tutela constitucional do processo e rechaçar as “decisões-surpresa”, ainda que matéria de ordem pública verse a questão processual.

Cumpre-nos destacar que, em perfeita simetria com princípio da cooperação entre os protagonistas do processo, a garantia do contraditório é expressamente contemplada nos artigos 7º., 9º. e 10º. do novo Código de Processo Civil brasileiro, mas também, de algum modo, referenciada em outros artigos do Código, dentre os quais passamos a destacar, de forma exemplificativa, os abaixo relacionados.

O artigo 98, § 1º, VIII<sup>27</sup>, ao versar sobre a gratuidade da justiça, destaca que a mesma compreende também os depósitos previstos em lei para a interposição

24 DUARTE, Zulmar. *Contraditório cooperando de boa-fé*: por uma nova gramática do processo. Disponível on line: <http://genjuridico.com.br/2015/01/15/contraditorio-cooperando-de-boa-fe-por-uma-nova-gramatica-do-processo>. Acesso em: 16 maio 2015.

25 Art. 7º 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.

26 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.

27 Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

[...]

de recurso, propositura de ação, como de resto demais para a prática de outros atos processuais “inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório”.

Na mesma esteira, o artigo 329, II<sup>28</sup> disciplina a possibilidade de alteração do pedido e da causa de pedir, como também o momento procedimental para tanto. Em essência são mantidas as bases do CPC/73, de sorte que, até a citação, permite-se essa alteração livremente, sem a necessidade de consentimento do réu; já após o saneamento, apenas é permitida tal alteração com o consentimento do réu e “*assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar*”.

O artigo 372<sup>29</sup>, na mesma linha e, sem correspondente no Código de Processo Civil de 1973, ao disciplinar a viabilidade da produção da prova emprestada, assevera a indispensabilidade do contraditório, de modo a que o juiz possa admitir sua utilização, atribuindo-lhe o valor que entender devido, “*observado o contraditório*”.

Por sua vez, o artigo 493, notadamente no que toca a disciplina à novidade positivada em seu parágrafo único<sup>30</sup>, exige que as partes sejam ouvidas em contraditório nas hipóteses em que, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito. Se o juiz constatar de ofício o fato novo, “*ouvirá as partes sobre ele antes de decidir*”.

Em grau recursal, em respeito à dialeticidade no processamento dos recursos, impõe-se observar a oitiva da parte contrária no *iter* procedimental. O novo Código de Processo Civil brasileiro, corrigindo uma omissão constante no Código de 1973, é expresso quanto a necessidade de oitiva da parte contrária no processamento dos embargos de declaração, notadamente quando de seu julgamento puder a decisão embargada sofrer alguma modificação.

---

VIII – os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

28 Art. 329. O autor poderá:

I – até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;

II – até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.

29 Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

30 Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

Assim, muito bem vinda a expressa previsão legal, no artigo 1.023 parágrafo 2º,<sup>31</sup> quanto ao processamento dos declaratórios com a oitiva da parte contrária: *“O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada”*.

Em um único dispositivo legal, duas novidades bastante interessantes: a expressa previsão quanto a possibilidade de os embargos de declaração conferirem efeito infringente à decisão embargada e a expressa previsão quanto a necessidade de os declaratórios serem processados em contraditório, nas hipóteses que tais. Aliás, não poderia ser diferente em um Código que prioriza o modelo constitucional do processo e que elege a tônica do contraditório como um vetor em prol das bases democráticas da jurisdição.

Em que pese não exauriente nossa abordagem acerca dos dispositivos legais materializados no novo Código de Processo Civil brasileiro que versam sobre o contraditório, é possível decodificar, pela exposição acima, que o novo diploma processual, ao sobrelevar as bases democráticas da jurisdição, eleva à máxima proteção e pormenorização a garantia do contraditório, cânone fundamental do processo!

## 5 CONCLUSÃO

O direito processual civil mantém afinidades e relações plúrimas com os demais ramos do direito, sendo certo que sua imbricação com o direito constitucional é marcante e intensa, a evidenciá-lo como base fundamental, o que resta bastante claro no texto do novo Código de Processo Civil brasileiro que, em sua “Parte Geral”, a par de sua função normativa e didática, invoca explicitamente uma série de princípios que atuam como vetores de otimização do sistema processual civil.

Espécies de normas que dão coerência ao sistema, os princípios jurídicos ocupam inequívoca posição de destaque no ordenamento. Eles veiculam um enunciado lógico, genérico e fundamental, dotado de referência direta de valor, atuando como diretivas de interpretação e de integração do direito. Exercem uma função dinamizadora e transformadora no sistema, dotados de força expansiva e construtiva, contribuindo, sobremaneira, quer na interpretação evolutiva do ordenamento.

Os princípios não se confundem com regras técnicas. Eles constituem mandamentos nucleares que veiculam disposições fundamentais

---

31 Art. 1.023 parágrafo 2º. O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada.

a definir a lógica e a racionalidade de um sistema, conferindo-lhe, desta forma, sentido harmônico.

O direito processual civil está subordinado a certos princípios que atuam de forma a direcionar a elaboração, a interpretação e a aplicação das normas que lhe são afetas.

Elemento essencial ao processo enquanto manifestação do Estado de Direito e que se traduz numa garantia fundamental de Justiça, exsurge o contraditório como assecuratório de um processo democrático, na medida em que legitima o ato de poder do Estado em virtude do diálogo estabelecido entre o juiz e as partes no decorrer da relação processual, de sorte a estar maculada de nulidade qualquer decisão, sem que às partes seja possibilitada manifestação acerca das questões objeto do litígio.

Refletindo a dialética do processo e constituindo sua própria essência, o contraditório é dotado de conteúdo múltiplo, de sorte que se nos afigura relevante sublinhar as suas várias expressões, já que na atualidade, o contraditório já não mais pode ser decodificado tão somente como simples bilateralidade da instância, na qual apenas as partes são seus destinatários, reduzido o seu conteúdo ao binômio conhecimento-reação.

Necessário ultrapassar o entendimento que as partes possam ser consideradas simples objeto do pronunciamento judicial. Mister destacar o direito a elas conferido de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e o seu resultado, desenvolvendo a defesa das próprias razões antes da prolação da decisão: esta, uma questão adstrita à dignidade humana, encontrando expressão, no âmbito processual, no princípio do contraditório e na vedação das decisões-surpresa.

Certo é que o contraditório não se esgota no binômio ação-reação, de sorte a ultrapassar essa visão estática da garantia, para compreender, também, o direito de influência no desenvolvimento do processo e na formação da decisão judicial que será suportada pelas partes, exurgindo, daí, o contraditório como valor-fonte do processo, promovendo o exercício de uma democracia participativa e caracterizando-se como um instrumento adequado para a busca da verdade no processo!

## REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros, 1998.



CARACIOLA, Andrea Boari. *O princípio da congruência no Código de Processo Civil*. São Paulo: LTr, 2009.

CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de Processo*, v. 218, p. 65/68, abr. 2013.

DENTI, Vittorio. Questioni rilevabile d'ufficio e contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2. p. 217/231. Padua: Cedam, abr./jun. 1968.

DUARTE, Zulmar. *Contraditório cooperando de boa-fé: por uma nova gramática do processo*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/01/15/contraditorio-cooperando-de-boa-fe-por-uma-nova-gramatica-do-processo/>. Acesso em: 16 maio 2015.

GRADI, Marc. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 4. p. 826-848. Pádua: Cedam, jul./ago. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O sistema de nulidades processuais e a Constituição. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva (Coord.). *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993.

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

NERY JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 261.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Contraditório e matérias de ordem pública. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRA, Rodrigo da Cunha Lima. *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao ministro José Augusto Delgado*. São Paulo: Podivm, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, n. 71/35. São Paulo: RT, jan. 1994.

PICARDI, Nicola. Il principio del contradditorio. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, p. 763/675. Padua: Cedam, jul./set. 1998.

PORTANOVA, *Princípios do Processo Civil*. Rio Grande do Sul: Livraria do advogado, 2001.

SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.